

FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA

O CONTEÚDO JURÍDICO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Marçal Justen Filho.

Curitiba

2006

O CONTEÚDO JURÍDICO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

por

Fernão Justen de Oliveira

Tese aprovada como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor em Direito do
Estado, pela banca examinadora integrada
pelos professores:

S U M Á R I O

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
 INTRODUÇÃO	
Metodologia	1
Justificativa do tema	2
Objetivo da pesquisa	5
Ordem de exposição	5
 PARTE I – <u>O CONTEXTO JURÍDICO-ECONÔMICO DA PPP</u>	
Seção 1 – Direito e Economia	
§ 1. O conteúdo finalístico do Direito Econômico	7
§ 2. Os campos de incidência do sistema jurídico e do sistema econômico .	10
§ 3. Legitimação jurídica da eficiência econômica	13
§ 4. Justiça comutativa, justiça distributiva e desenvolvimento	16
Seção 2 – Intervenção do Estado no domínio econômico	
§ 1. Bases conceituais	21
§ 2. A concepção jurídica de Estado	22
§ 3. O Estado como ordem institucional	25
§ 4. O modelo econômico do Estado Liberal	28
§ 5. O modelo econômico do Estado de Bem-Estar	31
§ 6. O modelo econômico do Estado Regulador	34
Seção 3 – O Estado brasileiro e os serviços públicos	
§ 1. Formação e transformação do Estado brasileiro	39
§ 2. O processo sócio-econômico	45
§ 3. Serviço público na ordem econômica brasileira	48
§ 4. A crise do modelo jurídico tradicional de Administração Pública	58
§ 5. Identificação desvirtuada do “interesse público”	60
§ 6. Insuficiência dos instrumentos formais de organização administrativa .	62
§ 7. A não-comerciabilidade da função pública	64
§ 8. A ilusão da tipicidade absoluta da lei	66
 PARTE II – <u>O DIREITO BRASILEIRO SOBRE PPP</u>	
Seção 1 – Fundamentos da parceria público-privada	
§ 1. Origem histórica	69
§ 2. A dimensão contemporânea dos contratos públicos	74
§ 3. Noção conceitual de PPP	79
§ 4. PPP sob regime de direito privado	83
§ 5. Objetivos da PPP	88
§ 6. Evolução da PPP na experiência estrangeira	90
§ 7. O <i>project finance</i>	99
Seção 2 – O regime jurídico federal	
§ 1. Origem e evolução do direito projetado	103
§ 2. As diretrizes da PPP	106
§ 3. O âmbito de aplicação da PPP	121

§ 4. Concessão patrocinada	124
§ 5. Concessão administrativa	129
§ 6. Os sujeitos da PPP	136
§ 7. As leis estaduais de PPP: disciplina e eficácia	140
Seção 3 – A disciplina pré-contratual	
§ 1. A competência para instituir a PPP	143
§ 2. A investigação do <i>Value for Money</i>	149
§ 3. Limites da despesa pública e a Lei de Responsabilidade Fiscal	151
§ 4. Atenuação das exigências formais	155
§ 5. Obrigatoriedade e autoria de projetos	160
§ 6. A repartição dos riscos do empreendimento	163
§ 7. Consulta pública e licenciamento ambiental	168
§ 8. Critérios de julgamento e a ordem das fases	170
§ 9. O regime de pré-qualificação e lances em viva voz	174
Seção 4 – O contrato de parceria público-privada	
§ 1. O vínculo associativo entre os contratantes da PPP	178
§ 2. Tempo e modo do investimento pelo parceiro privado	181
§ 3. Tempo e modo da contraprestação do parceiro público	183
§ 4. PPP e a teoria dualista da obrigação	187
§ 5. O fundo garantidor como elemento essencial da PPP	189
§ 6. Conversibilidade da concessão comum em PPP	191
§ 7. Arbitrabilidade da PPP	193
CONCLUSÃO	196
REFERÊNCIAS	202

RESUMO

Análise da parceria público-privada (PPP) sob o enfoque jurídico, por meio de investigação sobre a relação entre o direito e a economia, a intensidade da intervenção do Estado no domínio econômico e a estrutura da prestação delegada de serviços públicos no Brasil, acompanhada de crítica do modelo pelo qual se estabelece o vínculo contratual entre a Administração Pública e os privados. O trabalho discorre sobre a origem, o conceito e a evolução da parceria público-privada e o reflexo desses fundamentos no direito positivo brasileiro, pela apuração das diretrizes e do âmbito de aplicação das duas espécies de contratos de PPP instituídas pelo regime geral da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Aborda a disciplina da Lei sobre as fases embrionárias da PPP, desde a competência da iniciativa do projeto até a escolha do parceiro privado, através do exame dos critérios e do processo que atribuem legitimidade a essas decisões pré-contratuais. Enfoca o aperfeiçoamento do contrato entre os sujeitos da PPP, com ênfase nos temas relacionados ao investimento do parceiro privado, à contraprestação do parceiro público, à distribuição peculiar dos riscos envolvidos no projeto, ao método de solução extrajudicial de controvérsias e, mais particularmente, ao sistema de garantias. Este último aspecto é de crucial importância para este estudo. Baseado na tradicionalmente aceita separação entre obrigação (*debitum*) e responsabilidade (*obligatio*), defende a tese de que a identificação jurídica do contrato de PPP no direito brasileiro é conferida por um sistema de garantias no qual a obrigação e a responsabilidade não são atribuídas à mesma entidade pública, assim neutralizando influências externas que poderiam prejudicar a aptidão de o parceiro privado ser integralmente compensado por seus investimentos sob a modalidade de PPP. A conclusão apresenta as deduções lógicas resultantes do desenvolvimento do tema, cuja pesquisa se apoiou em elementos extraídos de doutrina nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Direito Econômico; Parceria Público-Privada; Serviço Público; Concessão; Administração Pública.

ABSTRACT

Analysis of the public-private partnerships (PPP) under a legal approach, by means of investigations of the relationship between law and economics, of the intensity of the state intervention in the economy and of the structure of the delegated provision of public service (public utilities) in Brazil. Such investigations are followed by a critique of the model under which the Public Administration enters into contractual agreements with private parties. The work disserts about origins, the concept and the evolution of the PPP and how such aspects reflect in Brazilian Law. This is done through an investigation of the guidelines and limits of application of the two forms of PPP contracts created by the general regulations brought by Federal Law 11.079, of December 30, 2004: the so-called sponsored concession (*concessão patrocinada*) and administrative concession (*concessão administrativa*). It deals with the legal requirements relating to the initial phases of the PPP, since the authority to commence the project until the actual choice of the private partner, by examining the criteria and procedures that give legitimacy to such pre-contractual decisions. It focuses on the formation of the contract between the parties involved in the PPP, with emphasis on the aspects related to the private partner's investment, the public partner's payments, the peculiar forms of risk allocation, the method for dispute resolution and, most particularly, on the system of guarantees. This last aspect is of crucial importance to this work. Based on the traditionally accepted separation between obligation (*debitum*) and responsibility (*obligatio*), this work defends the thesis that the legal identity of the PPP contract under Brazilian law is given by a system of guarantees in which the obligation and responsibility are not in the hands of the same public entity, therefore neutralizing external influences that could harm the ability of the private partner to be fully compensated for its investments under the PPP arrangement. The last chapter presents conclusions that are logically drawn from the development of the subject matter, conducted with reference to elements taken from national and foreign legal doctrine.

Keywords: Administrative Law; Law and Economics; Public-Private Partnership; Public Service; Concession; Public Administration.

INTRODUÇÃO

Metodologia

Submete-se esta tese *O conteúdo jurídico da parceria público-privada* à r. apreciação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito para a obtenção do grau de doutor em Direito do Estado. A metodologia adotada pelo trabalho buscou fundamento e aplicação ponderada nas normas praticadas nesta Universidade para a apresentação de teses.¹

Os quatro tópicos desta Introdução (*Metodologia, Justificativa do tema, Objetivo da pesquisa e Ordem de exposição*) destinam-se a estabelecer o assunto da tese, com a situação espaciotemporal da pesquisa, a identificação do problema e a demonstração dos objetivos e finalidades assumidos pelo trabalho.

A peculiaridade da pesquisa jurídica reflete-se na estrutura do desenvolvimento desta tese, em especial diante da ausência de um padrão formal para a exposição de tese que não se caracterize como experimental, não-experimental, de campo ou de revisão bibliográfica.² Adotando-se essa classificação, a presente tese possui natureza não-experimental, sem tônica em revisão bibliográfica específica, embora a pesquisa tenha adotado o recurso usual a material produzido pela doutrina nacional e estrangeira, incluídas nas referências as obras consultadas. Reputou-se dispensável apresentar individualmente o entendimento dos muitos autores que se dedicaram a cada um dos assuntos que compuseram o trabalho. Os limites ora estabelecidos para a tese não comportam indagação definitiva sobre questões específicas distantes do tema original, o que seguramente redundaria na submissão exclusiva a cada qual delas, justificando até um ensaio apartado. Logo, tarefa semelhante acarretaria multiplicações e desvios de rota capazes de prejudicar o ataque do objeto, ao invés de facilitá-lo.

¹ UFPR. *Normas para apresentação de documentos científicos*, t. 1-10, UFPR : Curitiba, 2002.

² A normatização da UFPR alude a ainda “outro” modelo de estudo, sem mais especificar (*Normas para apresentação de documentos...*, t. 2, p. 29).

A produção da tese perdurou desde meados de 2004 até o final de 2005 e desdobrou-se em três fases: a coleta de dados, a análise e a redação. A coleta de dados compreendeu a pesquisa bibliográfica e a leitura inicial do material reunido. Em virtude da contemporaneidade entre o desenvolvimento deste trabalho e o do seu objeto de pesquisa, a coleta de material não se concentrou na fase inicial da elaboração da tese, avançando sobre o segundo semestre de 2005. Houve importantes contribuições de doutrinadores brasileiros que vieram a lume nesse último período, pois a Lei Federal nº 11.079 (Lei de PPP) foi sancionada em 30 de dezembro de 2004 e a maioria das leis estaduais de PPP foi promulgada no segundo semestre de 2004. Logo, apenas em janeiro de 2005 foi iniciada a produção doutrinária adaptada aos contornos definitivos da PPP brasileira. Na segunda fase, relativa à análise dos dados coletados, realizou-se a leitura crítica, a elaboração do plano definitivo da tese e revisão geral do material de pesquisa, com a seleção das informações a serem incorporadas ao texto. Por fim, a fase de redação abrangeu tanto a redação provisória e a definitiva quanto a revisão e a correção do texto e das notas.

Justificativa do tema

Em meados da década de 1990 consolidou-se no Brasil um programa de liberalização de vários setores econômicos exercitados diretamente pelo Estado. Foram suprimidos tradicionais monopólios estatais (não todos) e aboliram-se barreiras jurídicas à introdução da concorrência, especialmente por meio da Lei de Concessões de Serviços Públicos (nº 8.997, de 13 de fevereiro de 1995). Houve ingresso de relevante investimento externo e fortaleceu-se no Brasil um programa de concessões de serviços públicos.

Antes disso, os contornos do que seria a PPP surgiram nos países economicamente desenvolvidos, em outro contexto jurídico-econômico. Ainda em 1981 o Reino Unido concebeu as *regras Ryrie*, a partir de premissas mais elaboradas do que as praticadas em uma concessão tradicional, como aplicar o princípio do *Best Value for Money*, cada espécie de risco a quem tiver melhor condição de assimilá-la, calibrar as condições das prestações da Administração aos mesmos limites praticados pelo setor privado e estipular remuneração

variável conforme o desempenho.³ Desde então, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos houve aperfeiçoamentos periódicos do sistema de concessões, sempre com base nos fundamentos conformadores da PPP, em busca de solucionar gargalos de infra-estrutura e conseguir prestar serviços públicos em tempo ininterrupto, com suprimento da integralidade dos usuários e de modo economicamente eficiente – o que exige aperfeiçoar também o tempo e o modo do gasto público.

As soluções adotadas pelas outras ordens nacionais precisam ser compatibilizadas com o sistema jurídico brasileiro, portanto a estruturação estrangeira da PPP não é automaticamente aplicável. Quando se iniciou a praticar a PPP em países desenvolvidos (assim como no bloco europeu), em comparação, o atraso do Brasil não se revelava apenas no âmbito tecnológico, mas também se expressava pelos desalentadores prognósticos de ordem econômica, indicadores de uma economia nacional caracterizada por baixa diversificação, baseada no setor primário agropecuário e extrativista com mínimo valor agregado, gerido por mão-de-obra insuficientemente qualificada e sujeita, por decorrência, a remuneração adaptada a essa proporção.

Na outra ponta, a restrição normativa à importação de manufaturados (sob o fundamento da proteção da indústria nacional, que tinha

³ As *regras Ryrie* tomaram o nome do alto funcionário da Administração financeira que emitiu a instrução do Tesouro britânico a todos os ministérios, sem caráter vinculante, enunciando duas condições para a contratação pública: “a Administração não devia garantir segurança comercial a seus co-contratantes além do que o teria feito um contratante privado” e “o contrato devia aportar benefícios em termos de eficácia, uma *cost-effectiveness* (eficiência de custo)” (COSSALTER, Philippe. A “*private finance initiative*” (trad. Marçal Justen Filho). In: TALAMINI, Eduardo (Coord.); JUSTEN, Monica Spezia (Coord.), *Parcerias público-privadas : um enfoque multidisciplinar*, São Paulo : RT, 2005, p. 438). Em outras palavras, no primeiro caso estabeleceu-se um padrão de comparação que conduz a Administração a orçar a prestação direta do serviço, a que os britânicos denominam *PSC – Public Sector Comparator*; no segundo, o custo menor do dinheiro ao privado gera um sobre-custo para a Administração prestar diretamente o serviço ou construir a obra por si, que deveria ser compensado com melhora do desempenho do privado na prestação do serviço ou da obra.

tradicional aceitação) ajustou o setor empresarial brasileiro a um ambiente restrito à competitividade interna, indiferente às novidades tecnológicas. Tornou-se rotineiro que a moeda brasileira, pressionada pela inflação crescente sempre em níveis alarmantes, experimentasse periódicas e abruptas desvalorizações perante o dólar. O capital para investimento se protegia da inflação altíssima acomodando os recursos excedentes, supostamente destinados ao investimento, ao conforto de uma rentabilidade financeira (lastreada nos índices de inflação) que o investimento no setor produtivo jamais alcançaria.

O controle da inflação estabilizou a economia sob parâmetros diversos, destinados ao equilíbrio das contas públicas e à retomada de investimentos. Nesse âmbito insere-se o programa brasileiro de concessões, cujas deficiências de concepção se manifestaram durante seu desenvolvimento prático. O atual volume de demandas em juízo expõe a medida da insatisfação de todos os envolvidos na concessão. De um lado, os usuários pugnando por modicidade de tarifas que, de regra, refletem a contrapartida do sempre pesado investimento em infra-estrutura. De outro, os concessionários pleiteando a recondução do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ou meramente o cumprimento pelo Poder Público do que ele próprio estipulou. Em meio a tudo, a Administração vacilante entre as expectativas inconciliáveis entre si.

Não se concebe o incremento da infra-estrutura nacional sem a alteração desse panorama. A solução pugnada pelo Estado brasileiro para diminuir os riscos do investidor privado e garantir a continuidade do programa de concessões foi a alteração de parte do seu regime jurídico, estipulando por meio da Lei Federal nº 11.079/2004 instrumentos antes indisponíveis para os contratos de concessão que exigem investimento imediato e de grande monta, a ser amortizado a longo prazo. Ao invés de aperfeiçoar a regulação das concessões ou garantir o estrito cumprimento dos deveres que o ordenamento já destina à Administração, a Lei atribui ao Estado o envolvimento mais estreito com o destino da concessão e de suas decorrências econômicas como condição objetiva para incrementar investimentos em serviço público e infra-estrutura.

Objetivo da pesquisa

A presente tese expõe o resultado do processo de coleta de dados, de análise do material reunido e da pesquisa sobre a parceria público-privada.

Há três objetivos imediatos a serem atingidos pela pesquisa. O primeiro é compreender o ambiente econômico que conduziu a criatividade jurídica a produzir o instituto da parceria público-privada. O segundo é identificar os elementos caracterizadores da parceria público-privada como instituto jurídico. O terceiro é revelar a medida da incorporação desses elementos na Lei brasileira de PPP, que altera o regime jurídico de concessões de serviço público. A análise da disciplina do direito brasileiro não comporta nesta tese, face ao ângulo de enfoque do tema, a investigação incidente artigo por artigo da Lei nº 11.079, o que afastou a hipótese de comentários tópicos à Lei.

Ordem de exposição

A atividade analítica inerente à tese de doutorado foi realizada através da dissociação dos assuntos correlacionados com o tema de fundo e a explanação isolada de cada qual. Divide-se em Parte I (subdividida em três Seções e estas em 18 parágrafos) e Parte II (distribuída em quatro Seções e 30 parágrafos).

Na Parte I, denominada *O contexto jurídico-econômico da PPP*, apura-se a relação entre direito e economia (Seção 1), os modelos econômicos que o Estado assumiu ao intervir no domínio econômico (Seção 2) e especificamente discorre-se sobre o regime que o Estado brasileiro aplica à prestação de serviços públicos (Seção 3). Trata-se de questão recorrente em toda a extensão do trabalho, servindo de informador para o desenvolvimento dos outros módulos e integrador deles entre si.

Na Parte II, *O direito brasileiro sobre PPP*, apresentam-se os fundamentos da PPP (Seção 1) relacionados à origem, conceito, objetivos e a elementos integrantes da PPP. Aborda-se o regime jurídico federal brasileiro (Seção 2) em relação à instituição da PPP brasileira e aos seus elementos primordiais, como as suas diretrizes, sujeitos e espécies, assim como analisa-se o âmbito de aplicação das duas espécies de contratos de PPP recém-instituídas pelo regime geral da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. A disciplina pré-contratual (Seção 3)

incide sobre aspectos relacionados à instituição formal da PPP e às peculiaridades do processo licitatório. Ao final, aborda-se o contrato de PPP (Seção 4) sob o ângulo das obrigações dos parceiros, moldadas conforme repartição peculiar dos riscos envolvidos no projeto e o mecanismo de garantias que no Brasil caracteriza uma PPP em sentido estrito. Seguem, por fim, a conclusão e as referências consultadas.

PARTE I – O CONTEXTO JURÍDICO-ECONÔMICO DA PPP

Seção 1 – Direito e Economia:

§ 1. O conteúdo finalístico do Direito Econômico; § 2. Os campos de incidência do sistema jurídico e do sistema econômico; § 3. Legitimação jurídica da eficiência econômica; § 4. Justiça comutativa, justiça distributiva e desenvolvimento.

Seção 2 – Intervenção do Estado no domínio econômico:

§ 1. Bases conceituais; § 2. A concepção jurídica de Estado; § 3. O Estado como ordem institucional; § 4. O modelo econômico do Estado Liberal; § 5. O modelo econômico do Estado de Bem-Estar; § 6. O modelo econômico do Estado Regulador.

Seção 3 – O Estado brasileiro e os serviços públicos:

§ 1. Formação e transformação do Estado brasileiro; § 2. O processo sócio-econômico; § 3. Serviço público na ordem econômica brasileira. § 4. A crise do modelo jurídico tradicional de Administração Pública; § 5. Identificação desvirtuada do “interesse público”; § 6. Insuficiência dos instrumentos formais de organização administrativa; § 7. A não-comerciabilidade da função pública; § 8. A ilusão da tipicidade absoluta da lei.

Seção 1 – Direito e Economia

§ 1. O conteúdo finalístico do Direito Econômico

A parceria público-privada se assenta em uma construção teórica produzida em equivalentes intensidades pela economia e pelo direito. Mais especificamente pelo direito administrativo, que cada vez mais tem-se identificado como um direito do cidadão submetido ao poder do Estado, paulatinamente abandonando sua roupagem original de um direito da administração do Estado; de afirmação da primazia do Estado sobre o cidadão. A abordagem atual do direito administrativo cuida de lhe retirar a feição meramente instrumental, de promoção de meios, para situá-lo como protagonista na satisfação dos direitos constitucionais fundamentais.⁴ Nessa perspectiva

⁴ Tal é a base de modelação do direito administrativo atual, conforme revelada por Marçal JUSTEN FILHO: “O direito administrativo se vincula à realização dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade humana. [...] É fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativas de existência em si mesmas. O Estado não existe para satisfazer as suas estruturas burocráticas internas nem para realizar interesses exclusivos de alguma classe dominante (qualquer que seja ela). Nem é satisfatório aludir a concepções meramente formais tais como ‘interesse público’, ‘Bem

contemporânea, o designativo genérico de cidadão passa a assumir também os contextos do usuário, do consumidor e do contratante.

Essa relação entre direito e economia deixou de ter caráter aleatório e fundamentalmente empírico a partir da consolidação da economia, bastante posteriormente à do direito, como ramo integrante do conhecimento formal sistematizado.⁵ Pois a conjugação amadurecida pelo rigor científico resultou em uma expressão de referência que se destina a promover a interação entre direito e economia, denominada de *ordem econômica*, cujas acepções no direito brasileiro receberam o discernimento de Eros GRAU. Tomando a redação do art. 170 da Constituição Federal, o jurista ofereceu interpretação que ressalta o nosso modelo de Constituição dirigente, distinguindo, por um lado, a ordem econômica como modelo de articulação do fenômeno econômico (no estrito sentido da economia concreta relacionada ao mundo do ser) e, por outro lado, a ordem econômica como organização normativa da economia (como abstração coligada ao mundo do dever-ser, tendente a regular a economia).⁶

Embora à reflexão jurídica importe a conotação da ordem econômica como dever-ser, já a necessidade de acentuar essa distinção conduz a

Comum' e assim por diante. O direito administrativo – e o Estado, assim como outras instituições não governamentais que desempenham atividades similares – somente se justificam como instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, entre os quais avulta de importância a dignidade humana.” (Curso de direito administrativo, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 5).

⁵ Muito embora seja conhecido algum grau de relutância em reconhecer dignidade científica à economia, na medida em que não seja considerado satisfeito o critério da aplicação de método apto a confirmar ou descartar, por dedução ou indução, determinado resultado previamente cogitado.

⁶ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003, p. 56-58. A formulação refletiu classificação de Vital MOREIRA, que não referiu diretamente os modelos do *ser* e do *dever-ser*, mas instituiu uma categoria intermediária aos identificados por GRAU, em que *ordem econômica* expressaria o conjunto de todas as normas, independentemente de sua natureza, que condicionam o comportamento dos sujeitos econômicos, o que faz incluir as normas morais e religiosas, paralelamente às jurídicas.

reforçar o duplo conteúdo finalístico do direito econômico. Por um lado, o direito econômico cumpre a função de regular a implementação das políticas públicas cuja escolha origina-se de necessidades econômicas; por outro, destina-se a impor os limites à racionalidade econômica da eficiência, representada pela relação custo-benefício.⁷ Ou seja, pode-se identificar como tarefa do direito econômico impedir que os fins da eficiência econômica justifiquem os meios empregados para alcançá-la.⁸

Essa dicotomia e a integração entre o jurídico e o econômico serão analisadas no tópico seguir.

§ 2. *Os campos de incidência do sistema jurídico e do sistema econômico*

Esse diálogo que a ordem econômica constrói entre economia e direito se pauta antes pelas diferenças que os afastam do que pelos campos de incidência eventualmente coincidentes. Pode-se reconhecer, assim, uma zona de interação negativa que revela, por exclusão, o funcionamento conjugado dos dois sistemas. É útil a investigação promovida por José Reinaldo de Lima LOPES

⁷ É preciso sempre agregar a ponderação do *risco* à estimativa do *custo*. Ou seja, a idéia econômica de custo envolve necessariamente a previsão da probabilidade da frustração do projeto em questão. Especificamente na parceria público-privada, a diminuição do risco consiste em fator primordial para o estabelecimento da relação custo-benefício e esse equilíbrio se obtém por meio da repartição dos riscos entre o parceiro público e o privado.

⁸ A destinação do direito em evitar a prevalência imoderada do utilitarismo econômico confirma-se pela crítica severa de Piero BARCELLONA: “*A partir dessa relação profunda com o saber do homem e de suas vinculações sociais, desta exigência de nos conhecermos para conhecer o mundo, nasce a necessidade de uma crítica da racionalidade utilitária e calculista que caracteriza o processo de modernização tecnológica. Ao final de seu manifesto para a crítica da razão utilitária, Allain Caillé afirma, entre outras coisas, que o saber que acumulamos nos empurrou a construir nossas casas sobre areias movediças: se não conseguirmos reformá-lo e encontrar novas vias para a concórdia entre os homens de todas as tribos, então nosso mundo, aparentemente tão livre e feliz, se verá atropelado pela vontade de domínio e pela arrogância de tribos mais ricas.*” (*Postmodernidad y comunidad : el regreso de la vinculación social*, 2ª ed., Madrid : Trotta, 1996, p. 137).

sobre o raciocínio econômico e o raciocínio jurídico a partir de quatro enfoques: da eficiência, do resultado, da autoridade e da temporalidade.

Quanto ao critério da eficiência, vigora a distinção kantiana entre preço e dignidade, segundo a qual preço é o valor das coisas que se trocam; dignidade é o valor das coisas que não se trocam.⁹ O preço ótimo, parâmetro do custo-benefício em equilíbrio ideal, é o destino final da economia na busca pela máxima eficiência; o que conflita com a dignidade que o direito atribui a direitos fundamentais, na medida em que a manutenção deles desatende por completo (ou resulta francamente irracional perante) o postulado econômico da eficiência. Essa dicotomia se reflete na Constituição brasileira. A alusão ao *mercado* como síntese do princípio da eficiência somente pode ser compreendida como integrante do sistema de promoção da dignidade humana. Em suma, a Constituição não admite que o *mercado* mantenha funcionamento *livre*, como corolário dos princípios da concorrência e da livre iniciativa;¹⁰ ao contrário, seu

⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia*, In: Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte : Fórum, n. 8, out/dez 2004, p. 142.

¹⁰ Não é diversa a compreensão de Eros GRAU e Paula FORGIONI: “*Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não existem per se, não bastam em si mesmos. São instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, propõe a realização de objetivos mais amplos do que, singelamente, o do ‘livre mercado’.* Os princípios veiculados pelo seu art. 170 visam a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E o seu art. 1º enuncia como dois dos fundamentos do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa. Daí porque a interpretação/aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso incide em grave erro, equívoco grosseiro, quem sustente que os textos legais devem, sob pena de inconstitucionalidade, adequar-se em termos absolutos às regras típicas do ‘mercado livre’.” (GRAU; FORGIONI. CADE vs. BACEN : conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União. In: Revista de Direito Público da Economia, n. 8, Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2004, p. 55).

funcionamento é condicionado a esses princípios, que encerram postulados insuscetíveis de aplicação desvinculada do princípio da dignidade humana.¹¹

O critério do resultado se enlaça com o da eficiência: a conversão de todo direito em preço impede a percepção de algum deles como fundamental; de modo inverso, a banalização de todo direito como fundamental resultaria em tal engessamento a ponto de vedar os processos redistributivos e negar ao próprio direito o caráter transformador da sociedade.

A espécie de autoridade que paira sobre a economia, em segundo lugar, insere-se em uma dimensão que não ultrapassa a própria razão econômica: invocar a autoridade econômica supõe um juízo de adequação ao resultado prático. Significa optar pela ação mais ajustada à engrenagem de menor custo pelo maior benefício que caracteriza o foco da economia. Já a autoridade jurídica não admite uma escolha voluntária, nem mesmo se provada como aquela de melhor custo-benefício. Não se caracteriza como comando moral a impelir certa conduta nem se concretiza através do temor personificado no agente que aplica o direito: a fonte da imposição pelo direito é a norma jurídica qualificada pela sanção.¹²

¹¹ Indique-se, a propósito do princípio da dignidade da pessoa humana, a advertência ponderada de Paulo Ricardo SCHIER sobre a perspectiva normativa do princípio perante outros princípios constitucionais como a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo: “*É preciso, pois, e retomando a linha de raciocínio, que se reafirme: a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida como a única referência da fundamentalidade dos direitos constitucionais. Aliás, ela mesma há de ser compreendida em conexão com os demais princípios fundamentais, afastando assim, por exemplo, algumas idéias liberalizantes que certa concepção de dignidade da pessoa humana tem afirmado, inclusive com grande força, em nossa doutrina.*” (Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 10, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005, p. 127).

¹² Não há dúvida de que a autoridade do direito reside na hipótese do aperfeiçoamento da sanção, embora a razão do cumprimento da regra jurídica tenha recebido explicações distintas: “*Os dois maiores juristas do século XX, Hart e Kelsen, divergiram, parece, exatamente neste ponto, ou seja, na construção do tipo ideal jurídico. Para Kelsen, o raciocínio jurídico constrói-se a partir da perspectiva do sujeito que quer evitar a sanção.*”

Os pontos de vista jurídico e o econômico contrastam ainda pela vertente temporal. A norma jurídica exerce uma função prognóstica, de prever (e, acessoriamente, de estimular) certo resultado ou conduta desejável.¹³ A incidência do direito sobre o passado se qualifica por uma imputação de obrigação (em que o positivamente obrigatório se entende como obrigatório *stricto sensu* e o negativamente obrigatório como proibido) ou de permissão, por meio da qual avalia o fato concreto como adequado ou não à ordem jurídica. Diversamente, a economia não julga o passado, mas sim o assimila para com ele aprender, de modo que o resultado – ainda que negativo – gerado pela decisão econômica se legitima como racional quando o agente tiver adotado a decisão compatível com o alcance do maior benefício com o menor custo, por meio da ponderação das variantes disponíveis sobre o comportamento do mercado.

A distinção entre os campos de incidência apenas ressalta a inconfundibilidade dos raciocínios jurídico e econômico. Subsiste, entretanto, uma zona de integração positiva entre os dois sistemas – que será o objeto da abordagem adiante.

§ 3. *Legitimação jurídica da eficiência econômica*

A tensão produzida a partir da legitimação finalística da economia pelo direito reflete-se na parceria público-privada. Há um resultado prático futuro perseguido pela utilidade econômica que não pode ser alcançado por um meio adequado apenas à busca da eficiência. Ao contrário: o meio vinculante para a consecução da parceria público-privada é a aplicação de formato jurídico – necessariamente condicionado por uma racionalidade amparada em critérios e

*Para Hart, o raciocínio jurídico constrói-se da perspectiva do sujeito que quer cumprir as regras para cooperar socialmente. Para o primeiro, a pergunta principal é: ‘o que devo fazer para evitar a sanção?’. Para o segundo, a pergunta principal é: ‘como se fazem estas coisas aqui?’.” (LOPES, *Raciocínio jurídico e economia*, p. 141). Esse raciocínio não se altera fundamentalmente em face das sanções premiais.*

¹³ O que remete à *extrafiscalidade*, em que a gradação de desembolso estipulado (sem caráter sancionatório) pelo Estado ao particular induz a determinado comportamento deste almejado por aquele. Trata-se da função promocional do direito.

enfoques privativos do direito. Ou seja, o que a doutrina denomina de *Administração de resultados* não se pode distinguir pelo desprezo ao princípio da legalidade sob o argumento de alcançar a máxima eficiência, mas sim pela qualidade residual e subsidiária do emprego da autoridade.

A eficiência recebeu *status* de princípio constitucional ao ser insculpida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 19/98. Isso não importa em sua sobreposição aos outros princípios dele aparentemente contendores e nem mesmo em conflito com eles, na medida em que as normas constitucionais são ponderáveis entre si por meio de interpretação integrativa (em atenção ao princípio da unidade da Constituição) e cuja mediação fica a cargo do *princípio da proporcionalidade*.¹⁴ Mesmo essa necessária interpolação de princípios constitucionais, portanto dotados de idêntica hierarquia, foi insuficiente para neutralizar a crítica que assumiu amplitude quase consensual, pela qual a eficiência seria finalidade da Administração, não princípio dela.

A opinião que se adota neste trabalho é infensa a tal crítica (que na realidade se aproxima de uma divergência semântica estéril). Em primeiro lugar, a eficiência é dotada da grande generalidade típica do princípio, porque isoladamente tomada é insuscetível de ser averiguada positiva ou negativamente, carecendo de referenciais que lhe atribuam efetividade prática. Ocupa, assim, posição nuclear em um sistema de outras normas que orbitam em torno dela, condicionando-as de modo coerente e harmônico. Depois, o postulado de eficiência não estipula uma *determinação* passível de ser descumprida (como faz a regra), embora contenha inegável caráter lógico e vinculante. Assim considerado, sua identificação como princípio parece apropriada, na medida em que indica um sentido unificado a uma conexão de normas hierarquicamente

¹⁴ Essa ponderação entre princípios foi referida por Ronald DWORKIN como a dimensão de peso relativo dos princípios (*Taking rights seriously*, Cambridge : Harvard University, 1999, p. 26).

coligadas. A eficiência é matriz desse subsistema, não seu efeito.¹⁵ A eficiência não é a finalidade a ser alcançada. A finalidade a ser atingida por meio do princípio da eficiência é o êxito da atividade desenvolvida pela Administração.¹⁶

De todo modo, o deslocamento do critério econômico de eficiência para o patamar de princípio jurídico estabelece uma perplexidade adicional. Embora sua derivação seja claramente atribuível a um postulado da atividade empresarial, a eficiência como categoria jurídica imanente à Administração Pública precisa ter aplicação como regra de direito público. Por isso, não se há de avaliar o princípio constitucional da eficiência conforme a ótica empresarial, do consumidor ou do cliente, mas sim pela sua utilidade para o Estado, o cidadão e o usuário do serviço público. Não será interpretável conforme os cânones das relações privadas de direito, que reduzem a idéia de eficiência a postulados de quantidade e qualidade, de oferta e demanda.

Em relação à ordem econômica, o princípio constitucional da eficiência¹⁷ se revela na prestação do serviço público adequado e organizado

¹⁵ Rigorosamente, admite-se que a eficiência pode configurar *diretriz* ou *norma-objetivo*, tal como identificada por Eros GRAU (*A ordem econômica...*, p. 137), desde que – conforme se defende adiante neste trabalho, na Parte II, Seção II, § 2 – apareça expressamente identificável como tal no texto normativo.

¹⁶ A formulação de Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR e Juliano Souza de Albuquerque MARANHÃO flui no sentido da opinião ora apresentada: “*O princípio da eficiência tem por fim disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, tornando possível a legitimação (mas também a responsabilização) dos atos administrativos por seu êxito em atingir os fins pretendidos por lei. Nesse sentido, a validação do ato pelo princípio de eficiência tem estrutura finalística (validação pela obtenção do resultado pretendido por lei) e não condicional (validação pelo preenchimento das condições previstas em lei para realização do ato, independentemente de seu resultado). Em termos hermenêuticos é possível, pois, entender a legalidade sob uma perspectiva de bloqueio (legalidade condicional) ou de legitimação de objetivos (legalidade legitimadora).*” (Separação estrutural entre serviços de telefonia e limite ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, Belo Horizonte : Fórum, out/dez 2004, p. 204).

racionalmente. Vincula-se à regra hermenêutica pela qual toda conduta da Administração deve ter em mira a promoção de direitos fundamentais, mas com o adendo que qualifica o êxito como efeito da eficiência: significa a imposição de dever para a Administração de produzir o melhor resultado concretamente apreciável para o cidadão pelo menor custo possível para os cofres públicos.¹⁸

§ 4. *Justiça comutativa, justiça distributiva e desenvolvimento*

Conferir à norma jurídica uma função de legitimação econômica remete à dicotomia tradicional entre a justiça comutativa e a justiça distributiva, como modelos de atribuição de bens.

O primeiro congrega sujeitos determinados, titulares de objetos intercambiáveis, reunidos sob uma relação de reciprocidade, quando não de equilíbrio.¹⁹ O segundo modelo descreve uma relação desequilibrada (e muitas

¹⁷ Confirma-se o interessante estudo de direito comparado sobre o princípio da eficiência elaborado por Egon Bockmann MOREIRA (Processo administrativo, 2ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003, pp. 164-175), analisando as disposições normativas análogas às do Brasil – embora distintas e por isso inaplicáveis automaticamente – no direito espanhol (princípio da eficácia), no direito italiano (princípio do bom andamento) e no direito português (princípio da desburocratização).

¹⁸ O tema foi aprofundado por Roberto Mangabeira UNGER, cuja abordagem ideológica inclui a proteção aos direitos fundamentais, inclusive no âmbito econômico: “*Os progressistas devem reinterpretar, em vez de rejeitar, a idéia de direitos fundamentais. Existe uma relação dialética entre a proteção aos indivíduos em um abrigo de interesses vitais e a capacidade dos indivíduos de prosperar em meio a um experimentalismo acelerado. O papel dos direitos é garantir às pessoas os equipamentos políticos, econômicos e culturais de que elas precisam para se levantar, progredir e se relacionar. Esses direitos devem protegê-las contra as inseguranças que podem tentá-las a abandonar sua liberdade. [...] Os direitos, especialmente os direitos sociais e econômicos, não devem ser considerados simplesmente como esquemas de bem-estar social e de seguro social, dependentes de recursos.*” (Democracia realizada : a alternativa progressista. São Paulo : Boitempo, 1999, pp. 210-211).

¹⁹ Conforme descrito por Paulo MODESTO, “*Trata-se do modelo de soma zero: as atividades são qualificadas como atividades públicas ou privadas, por um lado, e de interesse público*

vezes subordinada), entre sujeitos indeterminados ou indetermináveis em pelo menos um dos pólos e, também em um deles, desprovidos da titularidade do bem a ser-lhes atribuído. No aspecto funcional, a justiça distributiva se define como a justiça das partilhas; a comutativa, a das trocas. Dentre elas, a função preponderante que ao longo do tempo se reconheceu ao direito oscilou de acordo com a concepção ideológica subjacente à estrutura de poder²⁰ que constituía e aplicava esse direito.

Na Europa, a alienação entre o direito e a função de ordenação econômica (esta então identificada fortemente com a atividade política) adquiriu prestígio a partir do Século XVIII. O repúdio ao absolutismo político conduziu ao movimento revolucionário que não apenas destronou monarcas, mas também – como que reputando insuficiente alterar o regime de governo – segregou a política e o direito em esferas incommunicantes de atuação. Desse modo, pretendia-se que os negócios privados pudessem deixar-se a salvo não somente do arbítrio do governante, mas inclusive da discricionariedade dele.

Na ordem iluminista, o direito almejava à equidistância dos *interesses privados* e a equivalência entre eles, de modo que as funções de proteção e repressão estavam expressas por regras de conduta que se restringiam à preservação de vontades assumidas intimamente ou validamente declaradas.²¹

ou de interesse privado, por outro.” (Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas : demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, ‘serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 10, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005, p. 11).

²⁰ Evitou-se deliberadamente aqui creditar somente ao *Estado* a criação e manutenção de um dado *establishment*. A preferência pela expressão *poder* parece mais apropriada para esclarecer que outros elementos políticos, como governo e Sociedade, concorrem em relevantes proporções para a formatação ideológica – e aceitação generalizada – de uma etapa de civilização qualificada pela prevalência de determinada parcela da população sobre os meios de produção e de consumo.

²¹ Atribui-se à doutrina alemã tal sistematização, ao formular a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*).

Os *interesses públicos* (ainda sem a conotação que receberam no Século XX) estavam relegados ao plano da política, que em contrapartida se reputava infenso à intervenção do direito.

A sucessão de crises econômicas de amplo alcance durante o Século XIX e a organização classista do proletariado defluente da Revolução Industrial alteraram a correlação de forças que mantinha a estabilidade da conjuntura social, econômica e política então vigente. Houve incremento na quantidade e na qualidade das postulações de direitos, o que exigiu adaptações complexas a ponto de ser alterada a própria designação categórica do Estado que ao mesmo tempo promovia e sofria essas modificações. Evidentemente, essa acomodação estrutural não aconteceu homogeneamente entre os Estados, nem mesmo entre aqueles situados em estratos equivalentes em termos de processo civilizatório, como os da América do Norte e da Europa. Na França, por exemplo, a vigente dualidade de competências entre a jurisdição comum e a jurisdição administrativa deriva, em larga medida, da identificação iluminista da justiça comutativa como a *justiça dos juristas* e a justiça distributiva como a *justiça dos políticos*, dos *administradores públicos*.²²

A partir desse ponto, é possível identificar um movimento histórico cíclico caracterizado pelo afastamento da noção do Estado como agente bastante à estabilidade da justiça comutativa e pela retomada de seu papel protagonista na cena econômica, direcionado à realização de atividade muito mais aproximada da idéia de justiça distributiva.

Em termos mais adequados à contemporaneidade, a justiça distributiva promovida pelo Estado perde o sentido voluntário e se aproxima da idéia de *direito ao desenvolvimento*, como modalidade de direito fundamental reconhecido pela Constituição brasileira (art. 5º, § 2º; art. 3º, inc. II) e pela

²² A justiça dos administradores públicos até o Século XIX estava encarregada de zelar por um interesse público que “*era claramente tudo o que dizia respeito aos bens coletivos ou, mais precisamente, aos bens indivisíveis (coisas comuns, por natureza).*” (LOPES, *Raciocínio jurídico e economia...*, p. 152).

Organização das Nações Unidas (Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, art. 2.1) como dever do Estado.

O *desenvolvimento* que atribui conteúdo a esse direito subjetivo tem certamente conexão imediata com a dimensão da economia. Não restritivamente à da economia, contudo. A superveniência do desenvolvimento não se verifica considerando isoladamente o incremento do volume de recursos financeiros que ingressam e se mantêm em determinada região. Nem se restringe à potencialidade das transações econômicas, inclusive pela exploração dos recursos naturais, que permanecem latentes sob o controle de certo Estado. Vale dizer: o postulado do desenvolvimento não estará satisfeito somente pelo acréscimo quantitativo da produção e circulação econômica. Essa universalidade material, abstratamente considerada, será insuficiente para cumprir a exigência jurídica do desenvolvimento. Será preciso apurar a extensão e o efeito da redistribuição de riquezas no seio da Sociedade não sob parâmetros fundamentalmente econômicos, mas sim em moldes compatíveis com a satisfação das necessidades fundamentais de seus integrantes²³ – o que se faz inclusive por intermédio da prestação de serviços públicos de modo universal, contínuo, isonômico, transparente, eficiente e por preço módico. Em outras palavras, o serviço público coloca-se entre as atividades instrumentais concretas de natureza econômica

²³ Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA retirou o direito ao desenvolvimento da esfera puramente econômica, situando-o como direito fundamental de terceira dimensão (no termo do doutrinador), por expressar valor relacionado à solidariedade e à fraternidade, “*construídos em torno da titularidade coletiva ou difusa de um certo elenco de direitos, fruto de reivindicações e destinados à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas.[...] Assim, parece óbvio que a promoção do desenvolvimento há de visar a realização da dignidade da pessoa humana, e por isso estende-se a aspectos mais amplos, como os de natureza política, social, cultural e ambiental, entre outros.*”(Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada..., p. 97, p. 100).

(como a exploração de atividade econômica, a atividade regulatória e de fomento) pelas quais o Estado realiza os valores humanos fundamentais.²⁴

Enfim, a eficiência econômica terá alcançado integração com a ordem jurídica na medida em que o Estado satisfaça, por si ou mediante outorga, o postulado do desenvolvimento nacional que reflita a satisfação de direitos fundamentais. Ao longo do tempo, a estrutura econômica, social e política da Sociedade atribuiu configurações diversas ao modo e à intensidade dessa atuação do Estado, notadamente em relação à sua intervenção no domínio econômico.

²⁴ No dizer de Gaston JÈZE (*apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 17ª ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 623), o serviço público é um “*processo técnico – e não o único – através do qual se satisfazem necessidades de interesse geral*”.

Seção 2 – Intervenção do Estado no domínio econômico

§ 1. *Bases conceituais*

Para avançar na identificação do alcance e amplitude da atividade distributiva do Estado é necessário investigar previamente as bases conceituais que ora se adotam para a configuração jurídica do Estado.

A explicação medieval para o Estado recorria à concepção contratualista e associativa, que justificava a sujeição dos homens à coletividade como um compromisso recíproco e plurifacetado de vinculação. O fundamento ético aceito como formador do contrato social era a transferência do direito natural absoluto de cada qual para um soberano ou uma assembléia, o que reduziria as múltiplas vontades dos indivíduos à unidade de vontade da comunidade, o que Jorge MIRANDA descreveu como *“um corpo moral e colectivo, que dele recebe a sua unidade, o seu eu comum, a sua vida e a sua vontade, e se chama Estado quando passivo, soberano quando activo e potência quando comparado aos demais”*.²⁵

Já o conceito de Georg HEGEL sobre o Estado manteve-se fiel ao seu idealismo objetivo, em que as idéias fariam parte da realidade dos acontecimentos históricos: o Estado hegeliano é realidade absoluta, racionalmente revelada, objetivada e auto-assumida. Essa compreensão inspirou os racionalistas franceses, para quem o Estado é um fato; é a consolidação institucionalizada da diferenciação social entre fortes e fracos, entre os detentores e os destituídos de poder.

Outra noção a mencionar consiste na doutrina marxista, para quem o Estado é criação da sociedade a confirmar que os antagonismos entre as classes são inconciliáveis, por isso organizam o poder de forma a submetê-las a uma ordem superior apta a conter os litigantes sociais e a evitar-lhes a mútua destruição.²⁶

²⁵ *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., t. 3, Coimbra : Coimbra Editora, 1987, p. 12.

²⁶ As elaborações doutrinárias coligidas por Jorge MIRANDA possuem interesse relativo, no sentido de que o confronto de umas em relação às outras produz um quadro mais preciso da evolução do conceito de Estado. Desse confronto, o doutrinador identificou como

§ 2. A concepção jurídica de Estado

Hans Kelsen produziu elaboração doutrinária sobre o Estado dotada de admirável coerência científica.²⁷ O mérito de sua investigação, relativamente a toda a doutrina que o precedeu, foi conferir ao Estado (como, de resto, aos institutos do direito) um conceito privativamente jurídico, detentor de autonomia perante as demais ciências.²⁸ Vale ressaltar que, na doutrina kelseniana, essa autonomia não é concorrente em relação ao objeto tratado: considera o objeto da ciência jurídica como unidade insuscetível de apropriação por outro ramo da ciência, cuja tentativa de conceituação sobre objetos jurídicos gera definições sempre insuficientes, senão impossíveis.²⁹

características comumente reconhecidas ao Estado: a complexidade de atuação e de organização, a institucionalização do poder, a autonomia frente à vida social, a sedentariedade em certo território e, como características do Estado contemporâneo, a laicidade dos seus fins e o poder como soberania. De resto, a própria compreensão desse doutrinador merece menção isolada; ele distingue direito e Estado, considerando este como objeto daquele, porque o Estado submete-se ao direito, por ele é avaliado e tornado legítimo: “O Estado é comunidade e poder juridicamente organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do facto à instituição”. (Manual..., p. 23).

²⁷ Confira-se por todos, a propósito do modelo de ciência proposto por Kelsen, a investigação de Marçal JUSTEN FILHO em seu *Sujeição passiva tributária*, Belém : CEJUP, 1986, p. 2-11.

²⁸ A singularidade científica do direito não significa a impermeabilidade dele aos outros ramos do conhecimento, antes ao contrário: “Segundo Kelsen, a norma é uma moldura que comporta mais de uma interpretação. Ora, como não é o Direito que pode fornecer a opção entre as interpretações possíveis, resulta que esta provirá de fatores extrajurídicos e, portanto, políticos, sociológicos, morais etc., daí resultando que o autor é um dos que mais ampla e explicitamente abre portas para o reconhecimento de interferências ideológicas, quaisquer que sejam elas, na interpretação do Direito, bem ao contrário do que pensam os que lhe atribuem uma posição conservadora ou direitista.”(MELLO, Curso..., p. 651).

²⁹ É exemplar da concepção “pura” do direito a seguinte afirmação cabal: “Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico. Tal conceito duplo de Estado é impossível logicamente, senão por outro motivo, pelo menos pelo fato de não poder existir

Para Kelsen, o Estado é uma corporação que se distingue de outras pessoas jurídicas pela ordem normativa que o constitui, uma ordem jurídica de amplitude nacional, em contraposição à internacional. Separou a visão do Estado como unidade sociológica, que denominou de real, do Estado como ordem e como comunidade constituída pela ordem, para então propor um conceito jurídico de Estado.

Ao discorrer sobre as teorias sociológicas de Estado, Kelsen iniciou por negar que a teoria da interação, pela qual o Estado é unidade social concreta de interação entre os indivíduos em um dado país, forneça explicação adequada para o fenômeno, pois pessoas pertencentes a Estados diferentes muitas vezes têm vínculos lingüísticos, religiosos ou profissionais mais intensos que os de cidadãos do mesmo Estado. Nem seria o Estado erigido por uma “*vontade comum*”, também referida como *vontade coletiva*, *consciência coletiva* ou *interesse coletivo*, entre as pessoas dele integrantes; tratar-se-ia de uma ficção política com propósito ideológico de construir um supra-indivíduo.³⁰ Ele ainda rejeitou a aproximação do Estado com um organismo natural, oriunda de uma “*biologia social*”: o propósito da formulação de Otto GIERKE seria incentivar

mais de um conceito sobre o mesmo objeto. Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada. O conceito sociológico de um padrão efetivo de conduta, orientado para a ordem jurídica, não é um conceito de Estado; ele pressupõe o conceito de Estado, que é um conceito jurídico.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2ª ed. [trad. ed. norte-americana de 1961], São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 190).

³⁰ O arremate de Hans Kelsen sobre a inviabilidade da explicação organicista de Estado, pelo prisma do interesse, resume o núcleo da concepção normativa do direito e sua autonomia científica: “*Chamar o interesse expressado pela ordem jurídica de interesse de todos é uma ficção mesmo quando a ordem jurídica representa um compromisso entre os interesses dos grupos mais importantes. Fosse a ordem jurídica realmente a expressão dos interesses comuns a todos, ou seja, se a ordem jurídica estivesse em completa harmonia com os desejos de todos os indivíduos sujeitos à ordem, então essa ordem poderia contar com a obediência voluntária de todos os seus sujeitos; ela não mais precisaria ser coercitiva, e, sendo completamente ‘justa’, não precisaria nem mesmo ter o caráter de Direito.*” (*Teoria geral do direito e do Estado...*, p. 187).

eticamente os cidadãos a cumprir melhor seus deveres mediante a indução de que eles integram um complexo orgânico que depende da colaboração de cada qual de suas partes para o perfeito funcionamento do todo.³¹

Por outro lado, reconheceu que a melhor tentativa da teoria sociológica seria a identificação do Estado como *dominação* – representação que dentre essas mais se aproxima da coercitividade normativa pela qual Kelsen caracteriza o direito. A descrição sociológica do Estado como fenômeno de dominação defende que a expressão de vontade de um indivíduo conduz “*em nome do Estado*” outro indivíduo a se comportar do modo correspondente. A teoria seria insustentável pelo fato de que então outras pessoas forçam outras a determinada conduta e assim sucessivamente, o que conduz a um raciocínio dizimal.³²

§ 3. *O Estado como ordem institucional*

Todas essas definições de Estado possuem em comum a explicação de sua natureza como emanada de uma espécie de dominação *argumentativa* ou *persuasiva*, o que induz a refletir sobre a forma de dominação *forçada* e seu desdobramento, que é a proposição de legitimação do poder estatal através da detenção do monopólio da violência.

É uma idéia que precisa ser descartada, porque a força não complementa o poder: antes, a ele se opõe; quem se legitima pela força não detém ou perdeu a legitimação para exercer o poder.³³ O Estado surgiu

³¹ Essa formulação movia a idéia do “espírito do povo” (*Volksgeist*), também identificada como espírito nacional ou consciência comum do povo, o princípio vital totalitário do qual o Estado e o próprio direito seriam expressões.

³² O argumento concentra-se no seguinte raciocínio: “*Um estudo da conduta social efetiva talvez pudesse revelar que esse governante é, ele próprio, governado por outras pessoas, por um conselheiro, sua amante ou camareiro, e que os comandos que ele emite são resultado da influência que esses outros indivíduos exercem sobre ele.*” (KELSEN, *Teoria geral...*, p. 188).

³³ Ao acolher a análise de Hannah ARENDT acerca da relação entre poder e violência, Marçal JUSTEN FILHO alcançou esta conclusão: “*Poder-se-ia sintetizar esse pensamento com a afirmação de que a violência é o oposto do poder, o qual é produzido pela conjugação de*

exatamente como método de eliminação (ou pelo menos de contenção) da violência que caracterizava o feudalismo, exercitada em cadeia de subordinação cujo primeiro agente, numa escala não-privada, era o suserano. Como este era o titular do poder efetivo e também se arrogava deter a exclusividade da violência legítima como instrumento de coerção em seus domínios, percebe-se que o monopólio da violência é insuficiente para qualificar a ordem estatal como modelo distinto da ordem feudal.

De fato, o Estado serve-se do desforço físico por intermédio de seus órgãos policiais como modo de conferir eficácia à coerção, mas isso é consequência da aplicação da norma, e não causa original, distintiva e legitimadora do poder estatal. O raciocínio inverso também é adequado: a violência como método não legitima a finalidade almejada, nem mesmo a revolucionária destinada à derruição do Estado.³⁴

O Estado não surge como fato concreto: o Estado é ordem, é um sistema de normas. Avante disso, o Estado se consolida como instituição – no sentido de configurar uma organização que condiciona e disciplina a conduta

esforços de um conjunto de pessoas. Quanto mais amplo o consenso, tanto maior é o poder gerado. Há situações em que o poder necessitará valer-se da força física, da violência. Mas nunca será possível gerar poder por meio da violência.” (Curso..., p. 7).

³⁴ Essa é a exata conclusão de Norberto BOBBIO: “Embora eu ignore qual seja a ‘sociedade melhor’ que todos os revolucionários têm em mente e que geralmente, como demonstra a história, jamais conseguiram realizar, de uma coisa estou absolutamente certo: uma sociedade, qualquer que seja ela, para ser melhor do que a nossa, deverá ser menos violenta, até o limite do total desaparecimento da violência. Neste sentido e apenas neste se pode falar ajuizadamente em ‘extinção do Estado’. Creio firmemente que enquanto os homens não conseguirem encontrar uma forma de desistir da violência para resolver seus conflitos, e não encontrarem uma forma de conviver sem recorrer à violência, quer se trate da violência das instituições, quer da violência daqueles que tentam destruir essas mesmas instituições, o curso da história continuará a ser o que sempre foi, ou seja, uma monótona e quase obsessiva tragédia de lágrimas e de sangue.” (As ideologias e o poder em crise, Brasília : Ed. UnB, 3ª ed., trad. João Ferreira, 1994, p. 111).

social.³⁵ Como tal, o Estado sofreu sucessivas adaptações na sua estrutura normativa a fim de contemplar os interesses e as necessidades emergentes. Sob o ponto de vista histórico, parece incontestado que o direito tem sido conduzido por um caminho legitimador dos fatos econômicos: a ordem econômica altera-se para acompanhar, não para modificar a realidade.³⁶ A sucessão de modelos de atuação estatal permite reputar que o direito público da economia tem seguido um curso cada vez mais funcional e finalístico, no sentido de que a legitimidade do Estado desgarrar-se de sua origem estrutural, genética, para situar-se na finalidade que se dedica a realizar.³⁷

³⁵ A visão institucionalista do direito foi amplificada por Marçal JUSTEN FILHO, para quem instituição “*é uma organização social, produzida pelo comprometimento de indivíduos quanto à realização de certas idéias ou valores, que se prolonga no tempo, gerando a existência distinta da organização em face de seus integrantes*” (Curso..., p. 21). Na percepção institucionalista, “*não é possível reduzir o direito à norma jurídica, porque a disciplina da conduta se consagra por meio do conjunto de normas e também pelos sentidos, valores e vivências produzidos pelas instituições sociais. O direito é produzido por instituições estatais de modo formal (o Poder Legislativo, por exemplo) e de modo informal por instituições estatais e não estatais.*” (Curso..., p. 20).

³⁶ Não é outra a conclusão de Calixto SALOMÃO FILHO: “*A influência transformadora do direito na esfera econômica é incomparavelmente menor do que na esfera política e das liberdades civis. O direito continua sujeito a determinismo econômico. Os exemplos existentes de influência do direito na realidade econômica têm via de regra duração efêmera, e mais cedo ou mais tarde a interpretação de textos legais movidos por intenção transformadora acaba por se render às determinantes econômicas.*” (Direito como instrumento de transformação social e econômica. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, Belo Horizonte : Fórum, jan/mar 2003, p. 16).

³⁷ É nesse sentido que afirma Fábio Konder COMPARATO: “*A legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente.*” (Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo : Malheiros, v.2, p. 351).

É nesse panorama que se desenvolve a análise dos modelos econômicos adotados pelo governo dos Estados.³⁸

§ 4. *O modelo econômico do Estado Liberal*

A identificação do grau de intervenção estatal no domínio econômico³⁹ permite classificar os modelos econômicos a que o Estado se vinculou e que designa o modo e a intensidade da sua atividade distributiva.

Na medida em que o Estado é ordem jurídica nacional, torna-se indispensável advertir que não houve sincronia na adoção de um mesmo modelo econômico pelas diferentes nações em dado momento histórico, embora o fenômeno da globalização nas últimas décadas do Século XX tenha acelerado o processo de uniformização de um padrão de interação econômica entre o âmbito público e o domínio privado no mundo ocidental, especialmente por meio da *“redução dos poderes políticos estatais, na revisão do conceito de soberania, na intensificação do comércio mundial, na predominância das empresas*

³⁸ Deve-se ressaltar que a denominação atribuída aos diferentes modelos econômicos induz a que os graus de intervenção sejam característicos da estrutura do Estado. Embora adiante seja adotada a expressão *intervenção do Estado na economia*, tradicionalmente consagrada pelo uso, ela não se qualifica pela precisão científica. Mais adequado será considerar que esses modelos designam, na verdade, diretrizes de governo. O Estado não é gestor: é estrutura estática gerida pela atividade dinâmica e funcional do governo. Este sim se subordina ao condicionamento político-ideológico que freqüentemente determina o alcance da intervenção do ente estatal na economia.

³⁹ Conforme Lúcia Valle FIGUEIREDO, *“Domínio econômico, ao que se nos afigura, compreende o conjunto de atividades desenvolvidas pela livre iniciativa. Portanto, constitui-se no centro de onde gravita a possibilidade de fazer riqueza, ou seja, a atividade econômica. Domínio é a área de abrangência, portanto, domínio econômico é a extensão na qual se compreendem as ações que envolvam a atividade privada no seu mister de fazer riquezas. Domínio econômico opõe-se a domínio público, área de abrangência da atividade estatal, enquanto o primeiro refere-se à esfera privada.”* (Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte : Fórum, n. 2, abr/jun 2003, p. 258).

*transnacionais e na preponderância de concepções econômicas para organização da vida individual e coletiva”.*⁴⁰

O fim do feudalismo tem sido identificado pela celebração do Tratado de Vestfália em 24 de outubro de 1648, que encerrou a Guerra dos Trinta Anos,⁴¹ estabeleceu identidades nacionais duradouras e representou o ponto de partida de uma crescente limitação dos poderes do Estado, ao mesmo tempo em que se retomava a idéia típica da Antigüidade clássica de conferir relevância ampliada à individualidade da pessoa. A partir do postulado do ser humano como medida de todas as coisas, surgiu a doutrina do liberalismo clássico, cuja matriz filosófica condicionava pela ótica centrada no indivíduo todos os aspectos da sociedade, nas vertentes econômica, política e jurídica.⁴² Havia uma imagem

⁴⁰ JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 16.

⁴¹ Rigorosamente, o embate militar entre Espanha e França estendeu-se até 1659, quando foi celebrado o Tratado dos Pirineus. A esse tempo, já se consolidara a decorrência fundamental da Paz de Vestfália: o fracasso da unificação da monarquia sob o imperador do Sacro Império Romano-Germânico e o reconhecimento da diversidade política e religiosa em toda a Europa. Pelo aspecto político, os múltiplos Estados alemães (cuja população a guerra reduzira de 20 milhões de habitantes para sete milhões) obtiveram soberania sobre seus territórios, representada pelo comando autônomo sobre as próprias relações diplomáticas e bélicas, vedada a guerra contra o imperador. Pela vertente religiosa, a rebeldia da nobreza protestante da Boêmia inconformada com a eleição do católico Fernando II da Áustria como imperador do Sacro Império, nas origens da guerra, conduziu afinal à relativização da regra *cujus regio, ejus religio*. O Tratado de Vestfália reconheceu como oficial a religião que prevalecia em cada local no ano convencional de 1624. Por isso, os súditos não mais precisavam aderir à crença do soberano ou tinham a emigração facilitada – o que tornou a religião um assunto cada vez mais restrito ao ambiente doméstico, reforçando a nascente idéia do Estado laico.

⁴² A tradição norte-americana dissociou, todavia, a expressão “liberal” da designação típica da doutrina liberal européia. O liberalismo norte-americano passou a distinguir a defesa de causas político-sociais contrapostas às do “conservadorismo”: “*Os liberais estavam a favor da igualdade econômica, do internacionalismo, da liberdade de expressão e contra a censura, a favor de uma crescente igualdade entre as raças e contra a segregação, a favor de uma taxativa separação entre a Igreja e o Estado, de uma maior proteção processual contra os acusados, da despenalização das ofensas ‘morais’, sobretudo das ‘ofensas’*”

apenas embrionária de cidadania, diversa da que se conhece atualmente: a ordem jurídica liberal pressupunha uma artificiosa paridade de condições entre os indivíduos, cada qual dotado de livre-arbítrio e portanto supostamente apto a conduzir-se de acordo com a própria vontade.

O redimensionamento da proporção entre Estado e indivíduo, com o incremento relativo de importância deste, fundou em termos econômicos o ideal do Estado mínimo. Esse reordenamento se qualificava pela transferência da condução da macro-economia desde a órbita estatal para a ordem mercadológica – do qual o Estado funcionava como guardião de existência e funcionamento desgarrado das amarras oficiais; como protetor da liberdade dos privados,⁴³ representada pela manutenção do Estado de Direito, e como garantidor da livre iniciativa.⁴⁴

A concepção ideológica do liberalismo, surgido como reação à concentração de toda iniciativa político-econômica em torno do Estado, logo se transformou em conveniência das categorias sociais que emergiram como titulares do poder econômico, reunidas sob o gênero da burguesia urbana, em

relacionadas ao consumo de drogas e ao sexo consentido entre adultos, e a favor de um uso mais agressivo do poder político central para alcançar todos esses objetivos. Estas eram, segundo a expressão corrente, ‘causas liberais’, e quem promovia essas causas podia ser distinguido de outro amplo setor de opinião política que pode ser denominado ‘conservador’”. (DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y democracia* [trad. ed. norte-americana de 1980], Buenos Aires : La isla de la luna, 2003, p.09).

⁴³ “*De que liberdade se tratava? Por certo que não daquela dos antigos que conduzia à técnica da participação dos cidadãos no processo político (democracia), senão uma nova concepção de liberdade que conduzia à demarcação de importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado.*” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed., São Paulo : RT, 2000, p. 34).

⁴⁴ As atribuições reduzidas do Estado liberal tinham como tônica “*manter a ordem interna e conduzir a política exterior (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que todos os indivíduos possam livremente desenvolver suas potencialidades).* [...] *O Estado liberal é um Estado ‘gendarme’, por isso mesmo apelidado de ‘guarda noturno’ por Lassalle.*” (CLÈVE, *Atividade legislativa do Poder Executivo...*, p. 35-36).

nações industrializadas, e o dos proprietários rurais, nos países pré-industriais. O resultado sócio-econômico da condução (ou falta dela) liberal da economia não merece comemoração: implicou a disseminação de monopólios privados descontrolados,⁴⁵ a supressão da pequena empresa, a degradação das condições de vida e de trabalho de amplo extrato da população.

§ 5. O modelo econômico do Estado de Bem-Estar

A profunda recessão econômica mundial sobrevinda na década de 1930 e a eclosão da Segunda Guerra Mundial precipitaram a consolidação de um novo modelo econômico assumido pelo Estado.

Sob a denominação de Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), ainda chamado de Estado Social (dentre outras designações menos utilizadas, mas também reveladoras, como Estado Providência e Estado Social de Direito), as políticas públicas passaram a caracterizar-se pela intervenção direta do Estado na ordem econômica como meio de prover as camadas populacionais carentes dos bens e serviços de cujo acesso elas haviam sido excluídas pela “seleção natural” promovida pelo livre mercado do sistema anterior. Abandonou-se a ficção da igualdade factual entre os indivíduos, formulando-se então uma noção jurídica de cidadania bastante aproximada da atual, calcada nos princípios da solidariedade e da isonomia. Reputou-se, por consequência, que cumpria ao Estado promover diretamente a universalização do acesso aos bens e serviços públicos por meio de investimentos próprios.⁴⁶ Tomou corpo a idéia de reciprocidade imediata entre a

⁴⁵ Em relação à economia liberal plena, “A realidade demonstrou que as características do mercado se afastavam do modelo idealizado. Verificou-se, entre outros fatos, o desenvolvimento de monopólios, oligopólios e concentrações econômicas e a não verificação de homogeneidade entre os produtos ou serviços ofertados, comprovando a impossibilidade fática de existirem mercado e concorrência ‘perfeitos’, a não ser como pressupostos científicos de teorias econômicas.” (CUÉLLAR, Leila. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*, Belo Horizonte : Fórum, 2004, p. 35).

⁴⁶ “Em outras palavras, o Estado Social foi um Estado prestador de serviços públicos e executor de atividades econômicas de natureza variada, sobretudo que representassem interesse público. Ainda, o Estado Social passou a intervir no domínio econômico por meio

captação de recursos por meio de tributos e a contrapartida de serviços públicos a serem prestados diretamente pelo Estado-arrecadador à sociedade.

A política econômica promovida pelo Estado de Bem-Estar se qualificou por um intenso processo de nacionalização dos meios de produção com a assunção de postura empresarial pelo Estado; pelo inchaço da máquina estatal em virtude da descentralização administrativa (criação de empresas estatais e de economia mista) e aumento do quadro de funcionários; e pela deterioração das finanças públicas causada por endividamento galopante, emissão de moeda e custeio do sistema previdenciário.

Apesar de a Europa oferecer exemplos persistentes de moldes governamentais à feição do Estado de Bem-Estar, foi nos Estados Unidos que se observou a mais radical guinada do Estado Liberal para o Estado Social. O *New Deal* consistiu em um amplo programa, financiado pelo Estado, de recuperação da economia norte-americana combatida pela crise deflagrada em outubro de 1929. A partir da posse do presidente Franklin Delano Roosevelt, em março de 1933, uma série de órgãos federais foi criada com o intuito de tutelar os diversos setores da economia, cujas primeiras intervenções foram no âmbito trabalhista e tiveram cunho emergencial, destinadas à imediata criação de empregos para os 13 milhões de desempregados, correspondentes a um quarto da população economicamente ativa.⁴⁷ Havia um confesso caráter assistencialista nas

de atividades de fomento e de poder de polícia.” (SILVEIRA, Raquel Dias da. Os processos privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina : tentativa de compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 7, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2004, p. 208).

⁴⁷ Podem-se destacar o *Civilian Conservation Corps*, que ocupou 250 mil pessoas na manutenção de estradas e parques nacionais; o *Civil Works Administration*, que prestou assistência direta a 4 milhões de desempregados; o *Federal Emergency Relief Administration*, que transferiu US\$ 500 milhões aos Estados e condados para a criação de empregos; o *National Youth Administration* que se destinava a combater o desemprego entre jovens e o *National Labor Relations Board*, que consistiu em uma câmara superior de negociações entre patrões e empregados. Paralelamente, a indústria e a agricultura também contaram com impulso estatal: o *Agricultural Adjustment Act* regulava os preços agrícolas por meio da contenção da superprodução e da outorga de incentivos financeiros aos

iniciativas relacionadas ao *New Deal*, mas não será adequado restringir os contornos do Estado de Bem-Estar à reação estatal a uma aguda e localizada crise sócio-econômica.⁴⁸

As políticas públicas relacionadas ao Estado de Bem-Estar são menos identificadas com intervenções pontuais e emergenciais do que com a reiteração de uma função distributiva que a ordem econômica passou a adquirir sob o primado do Estado de Bem-Estar. Embora reativa ao absentéismo estatal nas relações econômicas promovido pela doutrina liberal, o Estado de Bem-Estar assentou-se sobre bases muito diversas também daquelas experimentadas durante o absolutismo monárquico.

Nesse rearranjo de funções, o Estado que sob o liberalismo repousava sob comandos de interdição passou a receber deveres positivos de conduta. Ou seja, não houve o retorno àquela noção de direito e de Estado derruída pelo Iluminismo, mas sim a retomada da intervenção estatal em grau maior do que acontecia no período imediatamente anterior.

§ 6. O modelo econômico do Estado Regulador

fazendeiros que aceitassem diminuir a área cultivada; enquanto que o *National Industrial Recovery Act* conduzia o governo federal a intermediar acordos entre os industriais e comerciantes. A infra-estrutura e o sistema financeiro também tiveram incremento promovido pelo Estado: o *Tennessee Valley Authority* promoveu o desenvolvimento regional ao construir barragens hidrelétricas e irrigação no vale do Rio Tennessee; a eletrificação rural maciça foi realizada pela *Rural Electrification Administration* e a bolsa de valores teve suas operações reguladas pela *Securities Exchange Commission* (KASPI, André. *New Deal : a grande virada americana*. In : *História Viva*, n. 5, ano 1, São Paulo : Duetto, março 2004, p. 54).

⁴⁸ O choque de intervenção estatal não representou solução para aquele país: passada uma década, o PIB americano e a atividade industrial de 1939 haviam atingido índices apenas equivalentes aos de 1929; o desemprego passou a atingir 9,5 milhões de pessoas ou 17% da população ativa (KASPI, *New Deal...*, p. 56). Mais razoável será considerar que o maciço suporte estatal impediu a ampliação da derrocada econômica em escala, estabilizando-a por meio do incremento da produção e da restrição ao mercado meramente especulativo: existe registro pelo qual 659 bancos norte-americanos encerraram as atividades em 1929, 1.352 em 1930 e 2.294 em 1931 (ob. loc. cit.).

O desprestígio do Estado de Bem-Estar teve como causas principais o sufocante custo econômico de sua manutenção e, pelo aspecto político, o colapso do sistema comunista soviético.

A segunda metade do Século XX foi dominada pela Guerra Fria, encabeçada pelos Estados antagonistas que se filiavam às duas concepções político-econômicas então prevalecentes. Ao modelo econômico capitalista representado pelos Estados Unidos e seus aliados da Europa ocidental opunha-se o socialismo praticado pela União Soviética e parcela majoritária da Europa oriental, cuja intervenção na economia traduzia-se da maneira mais exacerbada possível, que era a detenção integral e monopolista dos meios de produção pelo Estado. A intervenção estatal em grau totalitário, sob o regime soviético, implicava no banimento do exercício da atividade econômica pelo setor privado, a ponto de virtualmente extinguir-se a iniciativa privada macro-econômica.

Não apenas as nações que adotavam sistema econômico similar ao do Estado soviético sofreram os efeitos desagregadores do seu esgotamento; o descrédito da gestão direta (e, mais ainda, da gestão privativa) da economia pelo Estado afetou a dimensão da intervenção estatal mesmo nos países não alinhados ao então denominado Segundo Mundo.

A fadiga econômica do Estado de Bem-Estar transferiu o embate originalmente bidimensional entre Estado mínimo e Estado máximo para um processo dialético. Estado Liberal e Estado Social são tese e antítese de cujo confronto resulta uma síntese de natureza autônoma: o Estado Regulador, que reconhece a desproporção entre a amplitude limitada dos benefícios sociais pela política distributiva do Estado de Bem-Estar e o sacrifício (tendente ao esgotamento em longo prazo) da capacidade econômica da Sociedade civil,⁴⁹ de quem provêm os recursos estatais.

⁴⁹ A Sociedade civil mantém autonomia em relação ao Estado e funciona como instituição dotada de interesses distintos e inconfundíveis com os dele: “*Numa democracia, a sociedade permanece à margem do Estado. Assim se impõe não apenas para efeito de a sociedade promover a fiscalização e o controle sobre o Estado, mas também quanto à promoção da satisfação das necessidades coletivas.*” (JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 30).

Por outro lado e ao inverso do que se admitia sob a égide do Estado Liberal, o Estado Regulador assume a convicção de que são perniciosos tanto o alheamento estatal em relação à condução da economia quanto a subordinação de sua condução exclusivamente a cargo do mercado. Pode-se concluir desde logo que o Estado Regulador vale-se em larga medida de uma concepção institucionalista para calibrar a intensidade e extensão da função governamental: a Sociedade civil, o mercado e os próprios órgãos despersonificados de regulação podem-se identificar como instituições dotadas de organização própria e permanente, constituídas ou não sob estatuto formal, com grande relevância na produção de disciplina jurídica aceita para delimitar e conduzir a conduta das pessoas.⁵⁰

O Estado Regulador é aquele em que a autoridade estatal impõe-se sob duas formas: a intervenção indireta pela definição e fiscalização de diretrizes econômicas, estimuladora (e não mais apenas garantidora) de que a atividade econômica privada satisfaça valores coletivos (como a preservação da concorrência e a defesa do consumidor) e o desempenho direto de atividades de relevância geral, quando necessária à manutenção de utilidades de relevância estratégica para a identidade nacional e sua existência soberana (como a educação, segurança, ecologia, previdência social, habitação, diplomacia) ou desinteressantes para a iniciativa privada porque anti-econômicas. Sob qualquer dessas modalidades, o Estado Regulador acrescenta um enfoque original sobre o sentido da *intervenção* propriamente considerada, à proporção que retira o caráter externo e transitório da interferência estatal para tornar sua atividade como elemento integrante do próprio sistema econômico.

⁵⁰ Pondere-se que o Supremo Tribunal Federal cunhou entendimento acerca da disciplina jurídica gerada pelas agências reguladoras brasileiras, representado pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF, que questionou a competência normativa da Agência Nacional de Telecomunicações, consagrando orientação pela qual “a Constituição impõe limitações à competência normativa abstrata das agências, que se pode desenvolver apenas como manifestações de cunho regulamentar não autônoma.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo : Dialética, 2002, p. 539).

Por essa vertente, o Estado Regulador não terá surgido por derivação direta do Estado de Bem-Estar. Mais adequado do que reputá-lo como um aperfeiçoamento simplificado deste será compreender o Estado Regulador como categoria rompedora do movimento pendular que caracterizava a linha intervencionista e que o transformou em uma espiral progressiva – e recorrente a concepções ideológicas de ambos os modelos econômicos anteriormente vigorantes.⁵¹

Por isso mesmo houve espaço para o refluxo do ideário prevalecente no período de florescimento do Estado Liberal. A esse ressurgimento da defesa do Estado mínimo em contraposição ao mercado máximo, com adaptações aos condicionamentos atuais, atribuiu-se a denominação de *neoliberalismo*. Essa doutrina parece configurar a ideologia preferencial das esferas ordenadoras da economia mundial ao mesmo tempo em que foi intensamente rejeitada pelas instâncias políticas destituídas de comando equivalente ao daquelas.

Todavia, não é precisa a identificação do Estado Regulador como emanção da doutrina neoliberal,⁵² tanto quanto é inapropriada a vinculação

⁵¹ A ruptura da linearidade da sucessão de ciclos pela complexidade das relações econômicas contemporâneas recebeu análise semelhante de Emilio Samek LODOVICI: “*Nas sociedades tradicionais e antigas, domina o princípio da solidariedade; no mundo ocidental moderno, impôs-se o dinamismo expansivo do mercado e do setor público, com experiências variadas no que concerne à primazia de um ou de outro. Hoje, o mercado vive uma nova fase de agressividade, enquanto assistimos a um forte retorno das instituições solidárias. Pergunta-se se não terá começado, para o setor público, um ‘longo ciclo’ de retração, após uma quase secular expansão absoluta e relativa. Mas, sobretudo, nos interrogamos sobre o novo entrelaçamento entre o Estado, a empresa capitalista e o ‘terceiro setor’ enquanto encarnações daquelas modalidades.*” (A cooperação eficaz com as empresas. In: LODOVICI, Emilio Samek (Org.); BERNAREGGI, Gian Maria (Org.) [FINGERMAN, Henrique (Org. ed. bras.), trad. Nilson Moulin Louzada]. *Parceria público-privado : cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais*, v. 1 : teoria e prática, São Paulo : Summus, 1992, p. 159).

⁵² “Robert Kurz dedicou várias páginas a demonstrar como a necessidade de crescente regulação jurídica, problemas sociais e ecológicos, demandas por agregados infra-

necessária entre neoliberalismo e globalização.⁵³ Na verdade será impreciso conferir ao Estado contemporâneo, mesmo que apenas como designativo, o atributo único de *regulador*. Ao lado dessa função, o Estado pode ser reputado como *financiador*, na medida em que fomenta atividades econômicas de interesse geral, promovidas pelos particulares. Subsiste também o Estado *desenvolvimentista*,⁵⁴ que reconhece a Sociedade como sujeito ativamente participante da função de promover a conciliação do crescimento econômico com o desenvolvimento humano e comunitário.⁵⁵

estruturais e as políticas de protecionismo comercial conduzem exatamente ao oposto daquilo que os neoliberais defendem (ao menos como retórica). Conclui o citado ensaísta: ‘... quanto mais total for o mercado, tanto mais total será o Estado (...). Em todos os países, a quota do Estado equivale hoje, em média a cerca de 50% do produto social bruto, e, em todo o Mundo, mais da metade da população depende diretamente ou indiretamente da economia estatal’.” (COSTA, Flávio Dino de Castro e. *A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. In: Revista Interesse Público, n. 28, Porto Alegre : Notadez, p. 71).

⁵³ “O liberalismo é uma ideologia. Quero dizer com isso (i) que não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo; (ii) que, outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas. Seria perfeitamente viável a concepção de uma sociedade socialista globalizada. Precisamente essa, aliás, é a forma – internacional – que ela assume na utopia possível.” (GRAU, A ordem econômica..., p. 45).

⁵⁴ Essas vertentes do Estado contemporâneo foram apresentadas e analisadas com apuro por Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA (*Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada...*, p. 89-93).

⁵⁵ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO sintetizou com precisão tanto a evolução das tarefas do Estado quanto os papéis que ele atualmente desempenha perante a economia, ressaltando dentre esses a sua condição de parceiro: “Assim é que o novo desempenho do Estado na economia, sob a égide deste binômio – competição e eficiência – evolui do papel conformativo do mercado, próprio das regulamentações diretas e indiretas, e do papel substitutivo do mercado, próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas, para tornar-se (1) regulamentador do mercado, (2) alocador de recursos, (3) parceiro econômico e (4) fomentador econômico.” (O novo papel do Estado na economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 11, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005, p. 107).

Seção 3 – O Estado brasileiro e os serviços públicos

§ 1. *Formação e transformação do Estado brasileiro*

A formação histórica do Estado brasileiro remete à descrição das sucessivas transições na forma de relacionamento entre o Poder Público e a Sociedade. Esses formatos de organização estatal amoldaram-se muito fielmente a cada conjuntura social e econômica vigente em cada etapa do desenvolvimento nacional, de modo que a remissão aos modelos estruturais do Estado econômico brasileiro permite também retratar, com razoável precisão, o grau de evolução da Sociedade brasileira no contexto do processo civilizatório.

No período imperial, o Brasil organizava-se sob a forma de *Estado*, sem contudo reunir elementos suficientes para caracterizar uma pessoa jurídica de direito público interno;⁵⁶ seu sucedâneo era a *Coroa*, que reunia sob a titularidade pessoal do Imperador (e da família imperial) os bens que no período republicano viriam a formar o acervo público. A ausência da figura do Estado não significou a inexistência de organização formal da Sociedade sob Poderes constituídos⁵⁷ nem a ausência de equipamentos de uso coletivo ou de outorgas para prestação de serviço público. Muito ao contrário, foi sob a égide do Império que surgiram célebres e longevas concessões de serviços públicos – ainda sob a forma de outorga pessoal do Imperador – como a construção e operação

⁵⁶ Pode-se estabelecer um paralelo com a descrição de Monica Spezia JUSTEN acerca do estatuto jurídico da Coroa britânica: “*O direito inglês não comporta, rigorosamente, em seu vocabulário nem a palavra ‘Estado’ nem ‘Administração’. Quando se quer referir a um poder central, o vocábulo mais adequado é ‘Coroa’, a qual pode ser identificada com o poder executivo. Muitas regras de direito público encontram-se sempre relacionadas ao direito relativo à Coroa. Além disso, pode-se observar que sequer a dicotomia ‘direito público-direito privado’ recebe atenção dos seus juristas, os quais reputam inútil a idéia da summa divisio do Direito Continental.*” (A noção de serviço público no direito europeu, São Paulo : Dialética, 2003, pp. 149-150).

⁵⁷ Recorde-se que no Império brasileiro havia quatro Poderes: Executivo (exercitado pelo Conselho de Ministros), Legislativo, Judiciário e Moderador, exercido privativamente pelo Imperador.

ferroviárias pela *São Paulo Railway Company* e a distribuição de energia elétrica e gás pela *Companhia Light and Power*.

O advento da República em 1889 alterou o estatuto formal da nação, sem contudo modificar o âmago da estrutura burocrática então vigente e menos ainda a conformação sócio-econômica do país. Assim, o Estado republicano brasileiro surgiu, no encerrar do Século XIX, como “*um Estado oligárquico e patrimonial, no seio de uma economia agrícola e mercantil e de uma sociedade de classes mal saída do escravismo*”.⁵⁸ A partir dessa descrição é possível identificar três modelos⁵⁹ sucessivos e tripartites de Sociedade, de organização político-estatal e de estruturação administrativa do Brasil desde então até o momento presente – em que se institui a parceria público-privada no Brasil.

A Sociedade brasileira desde a Proclamação da Independência (portanto por herança do período colonial) até a Revolução de 1930 permaneceu envolvida em uma estrutura social *mercantil-senhorial*, a que correspondia uma organização política *oligárquica* e uma estrutura administrativa *patrimonialista* – que formaram o primeiro modelo tripartite. Esse Estado *oligárquico-patrimonial* se amparava em um estamento originalmente aristocrático, constituído com o objetivo exclusivo de manter a existência e preponderância de um determinado grupamento de pessoas identificadas com a Corte, cuja relação com o restante da população era assumidamente de dominação, sob um sistema lastreado na propriedade fundiária, de típica suserania e vassalagem. A relação senhorial que predominava durante o Império transmutou-se na República em uma relação patrimonial. Ou seja, a dominação republicana divergia da imperial somente porque sua lógica não se amparava mais no domínio direto da terra, mas agora

⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado patrimonial ao gerencial*. In: Brasil : um século de transformações. In: SACHS, Ignacy (Org.); WILHELM, Jorge; PINHEIRO (Org.), Paulo Sérgio (Org.). *Brasil : um século de transformações*. São Paulo : Companhia das Letras, 2001, p. 224.

⁵⁹ Conforme classificação elaborada por BRESSER-PEREIRA, *Do Estado patrimonial...*, p. 227 e seguintes.

derivava do controle do patrimônio, inclusive burocrático, do Estado.⁶⁰ Permaneceu, contudo, a confessada gestão do Estado de forma a prover exclusivamente os interesses particulares dos grupos que desde o Império dominavam a propriedade e a operação dos meios produtivos.

A partir da tomada do poder por Getúlio Vargas, através da Revolução de 1930, a Sociedade brasileira passou a desenvolver-se sob estrutura *capitalista-industrial*. Tal classificação não significou a instituição de uma ordem absolutamente original nem equivalente, a não ser em essência, ao capitalismo praticado nas nações desenvolvidas, embora realmente a atividade produtiva nacional tenha-se tornado a partir desse período cada vez mais dependente do postulado de oferta e demanda. A adoção daquela denominação revela, notadamente, que a transição da Primeira República chegara ao fim e agora se identifica o segundo modelo tripartite, complementado pela organização política *autoritário-capitalista*, com estrutura administrativa *burocrática*. A prevalência oligárquica do período anterior sobre o Estado passou, durante a Primeira República, a sofrer a infiltração de membros integrantes de origens sociais menos elevadas do que a aristocracia e da burguesia emergentes, o que fez emergir uma burocracia formada por agentes não aristocráticos nem oligárquicos, mas de tal forma encravados na Administração, que a comandavam com idêntico vezo autoritário.

Esse autoritarismo burocrático emanava do conceito que afinal se estabeleceu como prevalecente na Revolução de 1930: centralizar o poder nacional sob comando ditatorial, adotado como forma de controlar os Estados federados e o coronelismo que sustentava o sistema oligárquico (que “adaptava” os pilares do regime republicano ao antigo sistema, especialmente por meio de

⁶⁰ A receita tributária passou a ser pressionada pelo sustento de um volume grande de funcionários, assim definidos por BRESSER-PEREIRA: “*Havia ali, acrescentaria eu, uma nova classe média, uma classe burocrática, em formação, mas naquele momento tratava-se antes de um estamento de políticos e burocratas patrimonialistas, apropriando-se do excedente econômico no seio do próprio Estado, e não diretamente através da atividade econômica.*” (*Do Estado patrimonial...*, p. 228).

eleições fraudulentas e do controle e modelagem privados sobre o suprimento das carências básicas da comunidade).

O início da industrialização no Brasil a partir de meados do Século XX (com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional na década de 1940; da Petrobrás, Eletrobrás, Telebrás e BNDES na década de 1950 e logo em seguida com o ingresso da indústria automobilística no país) ocorreu com atraso em relação aos países do Hemisfério Norte. A burguesia industrial nascente amparava seus negócios na mão-de-obra da nova classe média dotada de uma dúplici função tecnológica e burocrática,⁶¹ adquirindo pela divisão e especialização de tarefas, pela adoção de métodos padronizados e pela profissionalização de cargos um caráter racional-legal que a Administração patrimonial não possuía. Contudo, a concepção patrimonialista herdada de Portugal (e vigente durante 600 anos, desde d. João I) manteve raízes a ponto de coexistir com a nova burocracia altamente formalista. As concessões que fundamentaram essa coexistência adotaram a forma da prática clientelista, que permitia o alcance dos mesmos fins patrimonialistas, mesmo por intermédio do novo meio de administração pública supostamente instituído para combatê-los.

A industrialização tardia do Brasil foi alcançada e superada pela disseminação global da Sociedade pós-industrial, em que a transmissão do conhecimento e a prestação de serviços passaram a ser bens (ainda que imateriais) mais desejáveis e com maior valor agregado. Isso implicou a duração relativamente curta da Administração burocrática calcada no autoritarismo e no comando político da burguesia industrial, que começou a ser descentralizada e flexibilizada com a edição do Decreto-Lei nº 200, de 1967;⁶² em seguida, com a

⁶¹ “Além da clássica tarefa política e administrativa, a nova burocracia passou a ter uma função econômica essencial: a coordenação das grandes empresas produtoras de bens e serviços, fossem elas estatais ou privadas.” (BRESSER-PEREIRA, *Do Estado patrimonial...*, p. 234).

⁶² O Decreto-Lei nº 200 caracterizou-se pela disseminação dos entes de administração indireta, com a criação em larga escala de autarquias, sociedades de economia mista e fundações, o que significava maior autonomia para a ação governamental. Na órbita da administração direta, criou-se o Ministério do Planejamento que passou a concentrar enorme poder sobre o

criação do Ministério da Desburocratização em 1979 e enfim substituída pela reforma administrativa de 1995 (constitutiva do terceiro modelo tripartite) por uma pretendida estrutura administrativa *gerencial*, adequado a uma Sociedade *pós-industrial* sob organização política *democrática* (situada, no Brasil, no ano de 1985 pela eleição de Tancredo Neves pelo Congresso Nacional).

Os primeiros anos da redemocratização caracterizaram-se pela intensa demagogia⁶³ no plano econômico, simbolizada pelo Plano Cruzado, que instituiu inversões absolutas do sistema capitalista, como o tabelamento linear de preços no varejo e sem critério que eventualmente distinguisse a necessidade de tabelamento, por exemplo, em atividades monopolizadas. Essas estratégias conduziram à macro-inflação do início da década de 1990, período em que se exacerbou a defesa da abertura econômica do país às importações (até então tributadas com alíquotas proibitivas) como maneira de forçar o aumento da competitividade e a atualização da indústria brasileira. Na primeira metade da década, o ensaio de reforma do Estado restringiu-se a apenas diminuir o seu tamanho pela compressão quantitativa do espaço ocupado pelo corpo burocrático estatal, mediante corte de funcionários e redução de salários.⁶⁴

A Administração Pública brasileira alcançou sua atual conformação quando foram promovidas alterações qualitativas através de um programa concebido em 1995 que se destinou a convertê-la em aparelho de regulação do mercado, em assimilação do modelo de Estado regulador. Houve, na seqüência

sistema de controle da administração direta e indireta, anteriormente uma atribuição secundária do Ministério da Fazenda.

⁶³ Há quem prefira a expressão eufemística “*populismo econômico*” para designar o idêntico fenômeno da prodigalidade deliberada com a finança pública visando a reflexo direto positivo na finança privada – reflexo fugaz, mas correspondente ao imediato incremento da adesão eleitoral.

⁶⁴ Essa iniciativa teve caráter eminentemente demagógico, pois na exata medida em que se manteve na superfície de uma reforma séria, destinou-se a ecoar uma campanha político-eleitoral baseada no combate aos “*marajás*” do serviço público – uma distorção sem dúvida indesejável, mas cuja realização resultou em maior impacto publicitário do que orçamentário.

desse esforço reformista, a criação das agências reguladoras, das agências executivas, das organizações sociais em 1997 e das organizações da sociedade civil de interesse público em 1999, mas sua implementação não foi integralmente realizada. Não ocorreu a prevista transformação de órgãos estatais em agências executivas ou em organizações sociais; os programados concursos públicos anuais jamais se concretizaram, face ao impacto fiscal que gerariam. Houve ainda a introdução da figura jurídica do “*contrato de gestão*”, referido na lei das organizações sociais (Lei nº 9.637/98, art. 5º) mas que não recebeu definição por lei, embora tenha servido para designar tanto os *contratos* entre órgãos da Administração quanto os contratos entre órgão da Administração e sujeitos alheios ao Estado.⁶⁵

§ 2. O processo sócio-econômico

As reformas econômicas no Brasil iniciadas na última década assentaram-se sobre um “*ajuste fiscal*”, realizado à custa da estabilização monetária, e um redimensionamento do Estado por meio de privatização acelerada, tencionando terminar com o financiamento público inflacionário, manter a atuação estatal apenas na regulação da economia e dedicar-se à promoção da saúde e educação públicas. Os três objetivos tiveram resultados que podem ser avaliados em ordem decrescente de êxito: a inflação foi realmente contida, graças à alta do custo do capital que conduziu à supressão do investimento e à contenção do consumo; a regulação subsidiária da economia transformou-se em realidade formal, embora pontuada por vazios estruturais e

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO reputou que os *contratos* entre entidades da Administração indireta são atualmente juridicamente impossíveis ou inválidos, enquanto não for editada a lei prevista no art. 37, § 8º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda nº 19 (*Curso...*, p. 214). É que, ao inverso do disposto no referido parágrafo, a autonomia gerencial, administrativa e financeira não pode ser concedida por contrato a entes da Administração indireta, mas somente por lei – o que implica em abstrair a literalidade da norma constitucional de modo a permitir interpretação conforme que lhe confira aplicabilidade. Ademais, a ampliação de autonomia a órgãos da Administração direta será impossível, na medida em que estes não detêm autonomia nenhuma.

iniciativas vacilantes; a gestão pública da saúde e da educação situa-se em posição de equivalente descalabro ao da década anterior.

A tensão entre o desenvolvimento econômico e o equilíbrio das finanças públicas, produto do ajuste fiscal e da reforma do Estado, estabeleceu-se vigorosamente no Brasil atual. Não se trata de uma tensão estática, mas sim submetida a um processo dinâmico que tem conformação ao mesmo tempo social e econômica. Social, por um lado, porque seus efeitos alcançam capilarmente todos os estratos da ordem pública, sem se restringir ao ente político estatal ou aos seus interagentes formais – seu limite de incidência direta é o próprio indivíduo. Econômica, por outro lado, porque afeta a existência e utilidade dos instrumentos que a Sociedade concebeu, seja sob o formato estatal, seja sob os modelos associativos privados, para produzir e fazer circular bens.

Equacionar a escalada das necessidades fundamentais comuns a todos os integrantes da Sociedade e a manutenção dos benefícios coletivos advindos da estabilidade financeira do Estado está no cerne da idéia de uma parceria público-privada como processo sócio-econômico: a universalização do suprimento de necessidades essenciais das pessoas através de um processo integrado por atribuições compartilhadas ou repartidas entre os agentes sociais mais aptos para desempenhar cada tarefa com máxima eficiência.⁶⁶ A noção da parceria público-privado como processo sócio-econômico não é aleatória: seus resultados positivos não serão obtidos apenas pela aplicação asséptica do mecanismo instrumental respectivo, mas sim pela legitimação desse mecanismo, por assimilação democrática da coletividade, como etapa de aprimoramento civilizatório da nação.⁶⁷

⁶⁶ Pondere-se novamente que a eficiência remete à relação custo-benefício e que o *risco* integra a quantificação desse custo.

⁶⁷ O conceito integra-se à proposta de Arnaldo WALD sobre a revisão do papel do Estado brasileiro: “*Trata-se, pois, de: (a) substituir o capitalismo selvagem, como uma visão limitada ao curto prazo, por um social-capitalismo humanista baseado no espírito de parceria e na confiança; (b) reformular o Estado, dando-lhe flexibilidade, permitindo que funcione como entidade descentralizada na tomada de decisões e tornando-se modesto nas suas ambições, mas eficiente no cumprimento de suas metas, como catalisador de*

A idéia aproveita, em alguma medida, o conceito de *processo civilizatório* estabelecido por Darcy RIBEIRO, que classificou as Sociedades humanas em categorias diversas, de acordo com a habilidade no domínio da natureza. Essa habilidade deveria estar difundida com certa homogeneidade pelo corpo social, em determinados tempo e espaço, de modo a individualizar uma organização sociocultural. O processo civilizatório emerge do domínio dessas técnicas e corresponde à propagação de uma inovação tecnológica sobre os contextos humanos e sua aplicação a diferentes setores produtivos. Embora a teoria tenha recebido contraposições procedentes ao longo dos 40 anos desde que foi elaborada, restou a originalidade de apresentar um esquema evolutivo global de acordo com o apuro tecnológico padronizado em cada Sociedade em determinada época histórica.⁶⁸

A parceria público-privada surgiu no âmbito da comunidade mundial como formatação jurídica destinada a submeter a prestação do serviço público ao postulado de eficiência econômica. No Brasil, será preciso que a

desenvolvimento econômico e social, provedor da justiça, da segurança, da educação e da saúde, garantidos dos direitos individuais e coletivos; dar à democracia um sentido mais participativo, mobilizando a sociedade civil e as entidades intermediárias, privadas e públicas, aproximando os representantes do povo dos seus eleitores, por um sistema eleitoral mais adequado, pelo aprimoramento do funcionamento dos partidos e por uma representação política mais eqüitativa, conciliando-se liberdade e responsabilidade.” (WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8.987-95 e 9.074-95*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16-17).

⁶⁸ As revoluções tecnológicas foram identificadas como agrícola, urbana, do regadio, metalúrgica, pastoril, mercantil, industrial e termonuclear, que desencadearam doze processos civilizatórios, com dezoito formações socioculturais e distinguiram-se por constituir “*transformações prodigiosas no equipamento de ação humana sobre a natureza, ou de ação bélica*”. (RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório : etapas da evolução sociocultural*. 12ª ed. São Paulo : Companhia das Letras, 1998, p. 57). Alude-se, mais recentemente à elaboração daquela teoria, à *revolução digital* operada a partir da disseminação do computador pessoal na década de 1980 e da massificação do acesso à Internet desde o início da década de 1990.

experiência prática demonstre se o grau de evolução da Sociedade e do Estado permitirá o florescimento de uma iniciativa organizacional complexa – e amplamente dependente da legitimação popular da Sociedade, para além da representativa⁶⁹ – como a parceria público-privada.⁷⁰

§ 3. *Serviço público na ordem econômica brasileira*

A parceria público-privada envolve a idéia de uma economia concertada, na qual o Estado assume posição subsidiária em relação à prestação do serviço público, mas desempenha papel destacado ao figurar como coobrigado pela contraprestação ao serviço prestado ou como usuário de serviço.⁷¹ A crise do Estado de Bem-Estar conduziu ao exercício de criatividade para que as atribuições da Administração se realizassem sem a promoção direta pelo Estado. Dentre as modalidades cogitadas está o aproveitamento pelo Estado da atividade econômica privada para realizar serviço público de forma duradoura, eficiente e desoneradora dos cofres estatais.⁷²

⁶⁹ Esse modo de legitimação da PPP conforma-se à categoria da *cidadania participativa*, tal como identificada por Clèmerson Merlin CLÈVE: “A última forma de participação do cidadão no universo da Administração Pública talvez seja a que mais interesse suscita. Neste caso, o cidadão se insere nos planos decisórios da Administração Pública, seja porque foi consultado, seja porque a ele foi outorgado o poder de decisão, participando, então, de modo imediato, na escolha das opções administrativas ou políticas do aparato estatal.” (*Temas de direito constitucional : e de teoria do direito*, Acadêmica : São Paulo, 1993, p. 25).

⁷⁰ Indique-se a opinião de Arnaldo WALD sobre o balizamento da relação entre Sociedade e Estado pelo instituto da parceria: “Na realidade, a parceria é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado, é a fórmula de garantir o equilíbrio entre a economia e o direito, entre os interesses individuais e os interesses sociais, entre a eficiência e a ética, entre a rigidez do comando e a equidade.” (WALD et alii, *O direito de parceria...*, p. 87).

⁷¹ Mesmo indireto, quando na concessão administrativa remunera o prestador pela fruição do usuário direto.

⁷² Philippe COSSALTER identificou esses três elementos ao discorrer sobre o Private Finance Initiative, o programa de governo britânico lançado em 1992 visando a encorajar a

O serviço público é modalidade de intervenção direta do Estado na ordem econômica. Delimita o campo de incidência da parceria público-privada, embora variados regimes jurídicos nacionais admitam, em múltiplos graus, que a parceria público-privada seja aplicada também para a construção de infraestrutura isolada ou conjugadamente com a prestação de serviço público – que pode ser analisado sob o duplo enfoque de sua estrutura e de sua função. Sob o aspecto estrutural, o serviço público consiste em atividade organizada e fornecida indistintamente à coletividade pelo Poder Público, que pode optar por desempenhá-la diretamente ou outorgar a particular. Sob o aspecto funcional, trata-se da atividade destinada a satisfazer necessidade individual com matriz em um direito fundamental. Justamente a delimitação das tarefas que constituem serviço público apto a ser outorgado encerra o núcleo da discussão sobre o conceito de parceria público-privada.⁷³

Acolhem-se duas idéias preliminares acerca do serviço público no Brasil, ambas dotadas de um conteúdo de interdição. A primeira refere-se à inviabilidade de formular um conceito estático e unificado de serviço público.⁷⁴ É

realização de obras e a gestão de serviços mediante o apoio de um financiamento ou de um pré-financiamento privado: “Esse programa tem um triplo objetivo: aumentar a capacidade de financiamento do setor público, por meio de pagamentos vinculados ao investimento ao longo da duração da vigência do contrato; elevar a qualidade dos serviços públicos, impondo ao setor privado critérios de qualidade cujo respeito condicionará o montante dos pagamentos; diminuir a despesa pública, beneficiando-se da competência e da capacidade de inovação do setor privado e das economias realizadas pela adequação das infra-estruturas ao serviço prestado.” (A “private finance initiative”..., p. 426).

⁷³ Conforme será enfrentado adiante, antecipe-se que a Lei brasileira de PPP admite a instituição de parceria público-privada cujo objeto não corresponde à prestação de serviço público (na acepção adotada pelo contexto jurídico nacional), mas sim de serviço “não público”, em proveito da própria Administração.

⁷⁴ Marçal JUSTEN FILHO explica que “A relatividade do conceito de serviço público é propiciada inclusive por variações tecnológicas, que produzem o surgimento ou a extinção de necessidades comuns a todos os seres humanos”. (Curso..., p. 493). Raciocínio dessa ordem conduziu o doutrinador a recusar a inerência de serviço público às previsões contidas no art. 21, incisos X, XI e XII, da Constituição Federal, sob o fundamento pelo qual “as

perfeitamente possível admitir a agregação de serviços públicos existentes, na exata medida da evolução constante do modo de vida e da tecnologia que se desenvolve para sustentá-la.⁷⁵ A relatividade acerca do serviço público não importa a inutilidade das conceituações promovidas pela doutrina. Significa advertir que cada enfoque possui validade em determinada época e lugar, face ao dinamismo das próprias necessidades humanas *fundamentais*, que não se confundem com as necessidades *vitais* da pessoa natural e nem a estas se restringem.⁷⁶ A segunda diz respeito à inviabilidade de integrar automaticamente ao sistema jurídico nacional as concepções e experiências estrangeiras também sobre o tema do serviço público.⁷⁷ As peculiaridades e similitudes precisam ser

atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da Constituição poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais.” (Curso..., p. 484).

⁷⁵ A constatação possui amparo em um dos *princípios clássicos do serviço público* identificados por Vital MOREIRA ao lado da garantia de provisão, continuidade, universalidade, isonomia, retribuição uniforme e tarifas sociais: a “*adaptabilidade, ou seja, permanente ajustamento do serviço público às necessidades locais*”. (Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, Belo Horizonte : Fórum, jan/mar 2003, p. 229). Os princípios clássicos coexistem com outros princípios fundamentais do serviço público, “*que refletem a integração da pessoa do usuário no âmbito do instituto. Podem ser lembradas a adequação do serviço, a transparência e a participação do usuário, a ausência de gratuidade e a modicidade das tarifas.*” (JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 491).

⁷⁶ Alexandre Santos de ARAGÃO coligiu doutrina brasileira e estrangeira em reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, no que fosse pertinente. O doutrinador informa que preceito similar está presente expressamente nas Constituições da Alemanha (artigo 19-3), de Portugal (art. 12, nº 2), da Estônia (artigo 9º), da África do Sul (artigo 8º, nº 4). (*Liberdade de expressão comercial*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 11, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005, p. 35).

⁷⁷ Vale a advertência de Roberto Mangabeira UNGER quanto à implantação irrefletida de soluções alienígenas inadequáveis ao contexto brasileiro. O exemplo destaca, por contraste, a

ponderadas para que o eventual aproveitamento de conceitos generalizantes não implique considerar como serviço público atividades que efetivamente não o sejam.

A Constituição brasileira estabeleceu o paradigma político-econômico para o serviço público em seu art. 175. No art. 145, inc. II, há uma alusão de sentido amplo, como “*gênero de atividades prestacionais do Estado*”.⁷⁸ Como modalidade de intervenção estatal direta na economia, o serviço público se contrapõe à intervenção indireta, disposta no art. 174 da Constituição. A intervenção direta do Estado na economia corresponde ao exercício de atividade econômica, em sentido amplo. A doutrina reconhece que a atividade econômica estatal reúne duas modalidades,⁷⁹ classificadas conforme a qualidade da necessidade humana a ser satisfeita: o serviço público e a atividade

relevância de cultivar a democracia, o pluralismo, os direitos fundamentais e a solidariedade – ainda que isso implique em abdicar de acelerar o crescimento econômico: “*No entanto, se os reformadores brasileiros de hoje buscam a sua volta os rudimentos de uma estratégia alternativa de desenvolvimento, nada vêem além do exemplo ambíguo das economias do nordeste da Ásia. Ambíguo, em primeiro lugar, porque ainda está em discussão o grau a que se pode atribuir seu sucesso inegável no desenvolvimento econômico e humano à coordenação estratégica estatal, em vez de ‘aos direitos fundamentais’ e aos cuidados com a educação; em segundo, porque suas práticas de parceria entre o governo e empresas continuam, de uma forma ou de outra, elitistas e cartelizantes, o que gera erros e produz excluídos; e em terceiro, porque suas conquistas se embaraçam em restrições ao conflito e à controvérsia da democracia e, portanto, ao pluralismo necessário para manter vivo o experimentalismo.*” (Democracia realizada..., p. 99).

⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 309.

⁷⁹ Pode-se aludir ao *serviço de interesse coletivo* como espécie de atividade econômica situada em posição intermediária à do serviço público e à da atividade econômica em sentido estrito: “*Essa terceira espécie seria integrada por atividades que, anteriormente, configuraram-se como serviços públicos e por outras que, originalmente privadas, acabaram adquirindo relevância pra fins coletivos. O regime jurídico aplicável a elas passa a ser o de direito privado, mas fortemente impregnado por princípios restritivos da autonomia privada.*” (JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 459).

econômica em sentido estrito, esta regida pelo art. 173 da Constituição. O serviço público qualifica-se por sua coligação a um direito fundamental⁸⁰ do qual emerge determinada necessidade cuja satisfação não se submete aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência – que não prevalecem diante do dever de o Estado manter disponível o serviço correspondente àquela necessidade. Já a atividade econômica em sentido estrito não se destina a satisfazer uma necessidade diretamente emanada de um direito fundamental, no que resulta a facultatividade da satisfação da respectiva necessidade, adicionalmente à característica da livre alocação de recursos, conforme os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. O exercício pelo Estado de atividade econômica propriamente dita subordina-se à identificação de uma exigência de segurança nacional ou de um “*relevante interesse coletivo*”.⁸¹

Vital MOREIRA ofereceu classificação dos serviços públicos conforme quatro critérios: nacionais e locais; econômicos e sociais e culturais; gratuitos e onerosos; sob regime administrativo e sob regime empresarial.⁸² Em vista de essa formulação impregnar-se de concepção jurídica estrangeira acerca do serviço público, é preciso adaptá-la ao direito brasileiro através do

⁸⁰ Os direitos fundamentais remetem à preservação da *dignidade humana*. Adota-se a formulação de Marçal JUSTEN FILHO, cuja concepção “*Afirma que a dignidade humana é um valor ‘construído’ ao longo da história humana. Essa é uma concepção histórico-evolutiva dos valores. Portanto, aceita que a dignidade humana não foi o valor fundamental nos primórdios da história do ser humano. Como valor transcendental, foi uma conquista do século XX, no âmbito da civilização ocidental.*” (Curso..., p. 68-69).

⁸¹ Nem todo interesse coletivo estará qualificado pela relevância em grau apto a autorizar seu provimento diretamente pelo Estado. Para que seja admitida essa prestação direta de atividade não identificada como serviço público, será preciso adicionalmente aplicar o princípio da subsidiariedade, que “*impõe o dever de intervenção supletiva do Estado no domínio econômico, intervenção essa que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade*”. (JUSTEN FILHO, Curso..., p. 559).

⁸² MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais...*, p. 230-231.

estabelecimento de ressalva quanto a duas espécies dessa classificação:⁸³ a gratuidade do serviço público e o regime empresarial.

De uma parte, não existe a *gratuidade* do serviço público.⁸⁴ Toda e qualquer atividade destinada a satisfazer alguma necessidade encerra um encadeamento de providências materiais e humanas que são representadas por um inevitável custo econômico. A liberação de pagamento pelo usuário, o último elo dessa cadeia, não significa absolutamente a inexistência do custo, mas sim que ele foi suportado por outrem. Eventualmente poder-se-ia caracterizar o serviço público como de *fruição gratuita*, embora nem essa expressão seja perfeitamente adequada para refletir o fenômeno. Mais razoável do que rejeitar integralmente a espécie classificatória será convertê-la à expressão *serviço público subsidiado*, subclassificado como *integral* ou *parcial* – já que o Estado arcará com o custo, ou parte dele, do qual o usuário terá sido dispensado de suportar.

De outra parte, o *regime empresarial* – entendido como regime de direito privado – não possui aplicabilidade ao serviço público brasileiro, cujo sistema normativo impõe que o regime de prestação do serviço público seja

⁸³ Outra sistematização, compatível com a compreensão jurídica sobre serviço público no Brasil, foi fornecida por Marçal JUSTEN FILHO, que adotou como critérios a *competência federativa* (comum, aos entes federativos em conjunto, e privativa, a uma órbita federativa), o *grau de essencialidade* (essenciais, insuscetíveis de interrupção; e – apesar da essencialidade intrínseca de todos os serviços públicos – não-essenciais, cuja prestação pode ser postergada sem comprometimento irreparável da necessidade contemplada pelo serviço) e a *necessidade a ser satisfeita* (sociais, comerciais e industriais, e culturais). (*Curso...*, p. 498-499).

⁸⁴ Essa é noção recorrente na doutrina: “A circunstância de o usuário receber o serviço sem contrapartida não significa que o serviço seja gratuito. Ele é custeado com recursos públicos, obtidos por diversas vias – das quais a principal reside na cobrança de impostos. A concessão importa, necessariamente, a adoção de um sistema tarifário, em que o usuário arca com os custos correspondentes às utilidades que recebe. Ou seja, o serviço público, antes da delegação ao particular, era custeado pela Sociedade. Depois da outorga, passa a ser custeado pelos usuários.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 550).

sempre de direito administrativo, portanto, de direito público. Como paralelo, aponte-se que nem mesmo a prestação direta de atividade econômica pelo Estado se faz por regime de direito privado, mas sim de direito público, o que sujeita os órgãos da Administração (mesmo que a indireta) que explorarem a atividade econômica propriamente dita ao dever de submeter a licitação o objeto de suas atividades e de prestar contas.

A concepção tradicional sobre serviço público derivou de formulação francesa. Atribui-se a Jean-Jacques ROUSSEAU o emprego pela primeira vez da expressão *serviço público*, que abrangia toda a atividade estatal⁸⁵ – englobando tanto os serviços *uti singuli* quanto os serviços *uti universi*⁸⁶ – e essa concepção estendida de serviço público ainda prevalece em boa medida na França atual. No Brasil, a compreensão compatível com o sistema jurídico nacional estipula que o serviço público envolve o dever do Estado, na forma de prestação administrativa irrecusável,⁸⁷ direta ou indireta, de satisfazer

⁸⁵ “E o faz com duas conotações: de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço do público, para satisfazer uma necessidade sentida coletivamente sem que cada cidadão tenha de atender pessoalmente à sua cura; de outro, referida a expressão aos assuntos coletivos dos cidadãos – de todos os que integram a nação –, se concebe como uma atividade estatal – não uma atividade privada – que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição da titularidade da soberania.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo : Malheiros, 2000, p. 40).

⁸⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO difundiu abordagem subjetiva do serviço público, pela qual o conceito de serviço público em sentido estrito corresponderia apenas aos chamados serviços públicos *uti singuli*. Os serviços públicos *uti universi* estariam relacionados a um conceito amplo de serviço público. (MELLO, *Curso...*, p. 620).

⁸⁷ A irrecusabilidade da prestação do serviço público conduziu Marcello CAETANO a qualificar o título que vincula o fornecedor do serviço e o usuário como *apólice de fornecimento* (apud MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais...*, p. 228). A constatação aponta para a inexistência de vínculo de natureza contratual entre o prestador e o usuário: “O usuário do serviço manifesta sua vontade no sentido de fruir os benefícios e de subordinar-se ao regime jurídico pertinente ao serviço público. Não há acordo de vontades,

necessidades coletivas⁸⁸ cujo suprimento em escala universalmente desejável e compatível com o princípio da solidariedade é inatingível pela espontaneidade do mercado. Essa prestação surgiu como postulado do Estado Social, que assumiu a tarefa de conferir existência digna a todos os cidadãos, isonomicamente, por meio do provimento das condições essenciais equivalentes àquelas apropriadas à vida urbana. O princípio da titularidade do serviço público pelo Estado jamais foi abandonado, nem mesmo após o declínio do prestígio do Estado Social. Entretanto, a exclusividade inerente ao serviço público manteve-se presa à sua titularidade pelo Estado, não ao seu desempenho (a não ser que se trate de monopólio estatal). Não há o dever de prestar o serviço público diretamente, podendo outorgar o desempenho desse serviço a pessoas alheias ao quadro orgânico estatal. Portanto, mesmo que tenha outorgado sua prestação e exploração à iniciativa privada, o Estado será sempre o titular do serviço público.⁸⁹ A essencialidade da sua prestação é o critério conducente a que o

mas manifestação de vontade individual, que é condição para a fruição do serviço.” (JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 492).

⁸⁸ As definições correntes de serviço público têm em comum a consideração do *usuário* como elemento central do conceito, que privilegia a noção de um sujeito de direito que é credor da prestação do serviço, mas também devedor de uso comedido e sem desperdício. Para Celso Antonio Bandeira de MELLO, “*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.*” (*Curso...*, p. 620). Alie-se o conceito de Marçal JUSTEN FILHO, que não considera a fruição individual como elemento identificador do serviço público: “*Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.*” (*Curso...*, p. 478).

⁸⁹ Juarez FREITAS faz uma distinção mais sutil, diferenciando *delegação da prestação do serviço público* de *delegação da execução da prestação do serviço público*. Para o

regime aplicável será sempre o de direito público. Tal significa que as funções de instituição, de financiamento e de fiscalização do serviço público permanecerão subordinadas aos ditames normativos inerentes à atuação do Estado.

A noção clássica sobre o serviço público tornou-se insuficiente em virtude da sofisticação tecnológica que domina o mundo desde meados do Século XIX, tornada avassaladora a partir da revolução tecnológica termonuclear. A organização econômica tornou-se tão complexa e dependente da tecnologia a ponto de prever-se, por exemplo, o colapso integral da civilização na hipótese de uma pane completa da Internet. Disso decorreram inevitáveis peculiaridades jurídicas, absolutamente originais e fundamentalmente incompatíveis com a elaboração formal até então estatuída pelo Direito – em especial pelo Direito herdado da tradição continental européia, impregnado pelo liberalismo econômico em voga na época de nossa codificação e que pugnava por brando intervencionismo estatal.

Filiada ao Direito continental, a organização autoritário-capitalista-burocrática⁹⁰ vigorante no Brasil a partir da metade do Século XX praticava uma Administração paradoxal: por um lado, o Estado brasileiro intervinha fortemente na economia na condição de prestador direto do serviço público por meio de empresas estatais; por outro, sempre se destacou pela inoperância regulatória – seja porque as agências são formulações do *Common Law*, portanto estranhas ao

doutrinador, mesmo a titularidade da prestação do serviço público é irrenunciável pelo Estado: “A segunda premissa de fundo que elegi é a de que, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, a titularidade da prestação do serviço público é irrenunciável, inescapavelmente, do poder público; delega-se sim e tão-somente a execução da prestação de serviços públicos [...]” (O sistema de parceria entre os setores público e privado : execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização : aplicação adequada destes institutos. In: *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13, São Paulo : NDJ maio 1997, p. 327). A asserção foi repetida na obra, do mesmo doutrinador, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 332-333.

⁹⁰ Adotando-se a designação atribuída por BRESSER-PEREIRA ao respectivo modelo tripartite de Sociedade, de organização político-estatal e de estruturação administrativa (*Do Estado patrimonial...*, p. 227).

sistema que inspirou a conformação do nosso Estado; seja pelo desconforto político de manter estrutura do Poder Executivo destinada a fiscalizar internamente e punir o mesmo Poder Executivo – representado pelas empresas estatais integrantes da Administração indireta, concessionárias monopolistas de serviços públicos na segunda metade do Século XX.

Como resultado das privatizações da década de 1990, a trajetória do Estado brasileiro em direção à estrutura administrativa gerencial deparou-se com a inaptidão de todos os seus Poderes para enfrentar os desafios que a nova realidade econômica reclamava: o Executivo imerso em disputas políticas que ofuscavam o seu verdadeiro despreparo para exercitar a regulação; o Legislativo relegado ao assembleísmo formalista que torna naturalmente inviável o “*gerenciamento normativo da realidade*”;⁹¹ e o Judiciário incapacitado de solucionar a maior parte dos conflitos originados do serviço público, face à ausência de domínio profissional da complexidade técnica, não somente jurídica, das questões a ele submetidas.

O desencontro entre a estrutura tradicional de organização do Estado e as crescentes necessidades de gerenciamento da nova realidade surgida na última década fez surgir a denominada *crise* da Administração paralelamente à crise da concepção mesma do serviço público e de sua prestação.

§ 4. A crise do modelo jurídico tradicional de Administração Pública

As práticas históricas de financiamento de empreendimentos de largo alcance social e econômico vêm sofrendo paulatino esgotamento à proporção em que os elementos condicionantes do sistema concebido sofreram modificação radical. Essa constatação freqüente e já antiga nos países dotados de economias desenvolvidas adquire dimensão perceptível também no Brasil, onde a inviabilidade do investimento exclusivamente público reflete a consagração legislativa de definida conduta para a Administração, na medida da contenção orçamentária promovida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁹¹ Conforme apurada denominação formulada por Carlos Ari SUNDFELD (Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD (Coord.), *Direito administrativo econômico...*, p. 28).

Paralelamente, a inaptidão financeira do Estado para investimento em serviços públicos foi determinada também por deliberações discricionárias de governo no âmbito das finanças públicas, ao privilegiar o alcance do superávit primário exigido pelos credores externos e a remuneração de títulos da dívida pública por juros em patamar que consome fatia considerável de recursos estatais. Fosse diversa a aplicação dos recursos públicos, a indisponibilidade para investimento em serviços públicos e infra-estrutura poderia ser convolada em *inconveniência* ou *inadequação* de neles alocar diretamente o gasto estatal. Assim sucedeu em nações cujo Estado, embora dispondo de recursos sobejantes⁹² (ou por isso mesmo), deliberou associar-se a particulares para estes prestarem serviço público ou construírem obras de infra-estrutura.

No Brasil, a insuficiência das finanças estatais⁹³ para aprimorar serviços públicos colaborou, dentre fatores outros, para divulgar a percepção de uma *crise do serviço público*. A idéia de crise naturalmente conduz a uma visão descontrutivista, associada ao desgaste, à perplexidade diante do esgotamento de

⁹² Mas também nos países desenvolvidos o contingenciamento fiscal influiu fortemente em favor da adoção das parcerias público-privadas, de acordo com informação de Paul LIGNIÈRES: “*As restrições orçamentárias e o desenvolvimento das necessidades em infra-estruturas explicam em parte esta renovação. A construção européia acelera este fenômeno, pois não somente reforça os problemas orçamentários dos Estados membros, mas aumenta as necessidades ligadas à construção do mercado único, em particular as necessidades em transporte.*” (*Partenariats publics privés*, Paris : Litec, 2000, p. 6).

⁹³ A relatividade dessa insuficiência de recursos estatais foi destacada nos seguintes termos por Angela Cassia COSTALDELLO: “*O componente econômico acaba por se tornar definidor da assunção de figuras como as parcerias público-privadas: de um lado, o Poder Público, desprovido de recursos (argumento onipresente – nem sempre verdadeiro – ao longo da história dos Estados) – deve atender a necessidades da sociedade e vê-se (eternamente) sem condições de fazê-lo. De outro, há o particular, o capital privado que tem, potencialmente, a condição que falta ao Estado, ou seja, recursos para satisfazer ao interesse público que àquele for atribuído, atingindo as finalidades com eficiência.*” (A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas : transformações e perspectivas. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo : estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Belo Horizonte : Fórum, 2004, p. 113).

um cenário estabelecido. De fato, o protagonismo do sujeito privado na órbita do financiamento e da prestação direta do serviço público passou a requerer a adequação do direito à realidade circundante.⁹⁴ Todavia, a experiência demonstrou que essa adequação não se completa exclusivamente com a atividade formal no âmbito legislativo, mas especialmente por intermédio da atividade administrativa concreta.

Logo, simultaneamente à identificação da crise do serviço público apura-se a crise da própria Administração Pública,⁹⁵ cujas práticas estiveram (e ainda estão) formatadas à feição de determinado modelo jurídico em desencontro com a realização de necessidades coletivas que a parceria público-privada busca promover.

§ 5. Identificação desvirtuada do “interesse público”

O elemento de crise mais evidente do modelo tradicional da Administração Pública é o significado e a aplicação que usualmente se atribui à noção de *interesse público*.⁹⁶

⁹⁴ Dentre as iniciativas decorrentes pode-se aludir ao Tratado de Amsterdã (1997), da União Européia, que adota a expressão “*serviço econômico de interesse geral*” para designar categoria comum do serviço público e da atividade econômica privada.

⁹⁵ O exaurimento desse formato recebeu a seguinte abordagem de Marçal JUSTEN FILHO: “*Em suma, é necessário produzir uma revisão de pressupostos e formas de abordagem do direito administrativo, que exige novos programas e propostas para a atividade administrativa. Não seria equivocado aludir à ‘personalização do direito administrativo’ (senão do próprio direito público).*” (Curso..., p. 46).

⁹⁶ O interesse público perseguido pelo Estado pode ser descrito como o compromisso de prestar serviços de atendimento a necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade humana, como identificado por Marçal JUSTEN FILHO (*Teoria geral das concessões...*, p. 11). Em desenvolvimento dessa tese, o doutrinador afirmou que “*A personalização do direito administrativo retrata a rejeição à supremacia da burocracia sobre a sociedade civil. Volta-se contra fenômeno usual: a propósito de identificar o ‘interesse público’, o agente público acaba por escolher a realização de fins mais convenientes ao aparato administrativo (senão de suas próprias convicções). Isso é inadmissível, uma vez que a atividade administrativa a tem de legitimar-se como via de realização dos interesses de todos os seres humanos.*” (Curso..., p. 46).

A Administração Pública é portadora de interesses que não são exclusivamente seus, mas são também dos particulares; isto é, ela se apresenta como titular de exigências que incluem as do setor privado.⁹⁷ Em certa dimensão, o interesse privado integra o interesse público e por isso desfruta da idêntica proteção à atribuída ao interesse do Estado e ao do governo, tomados isoladamente.⁹⁸ Nessa linha, adotando a distinção usual entre Estado, governo e sociedade, é lícito considerar que nenhum deles assume com o interesse público uma ligação mais próxima do que os demais.⁹⁹

A idéia de que o interesse público reflete um complexo integrado de interesses de pessoas públicas e de pessoas privadas (naturais e jurídicas) se reforça pelo avanço progressivo da superação das distinções acadêmicas entre os diferentes ramos do direito, na esteira do fenômeno denominado “*publicização do direito*”. Essa ruptura da dicotomia entre público e privado determina a

⁹⁷ PERICU, Giuseppe. Rumo a novos modelos jurídicos na relação público-privado. In: LODOVICI (Org.); BERNAREGGI (Org.), *Parceria público-privado*, v. 1..., p. 96.

⁹⁸ Conforme Paulo Ricardo SCHIER, “*O que se questiona, logo, não é o conteúdo mas, sim, a forma: a entronização do interesse público num pretense patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e liberdades individuais*”, para adiante concluir que “*não existe, portanto, em vista do regime jurídico de aplicação, colisão e, mormente, restrição dos direitos fundamentais, um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de preferência ou supremacia do interesse público sobre o privado.*” (Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: *Revista brasileira de direito público*, n. 04, Belo Horizonte : Fórum, jan/mar 2004, p. 168 p. 180).

⁹⁹ Marçal JUSTEN FILHO formulou *definição excludente* do interesse público, ao qual entendeu faltar conteúdo próprio e unidade conceitual (*Curso...*, pp. 39-42), para distingui-lo do interesse do Estado, do interesse do aparato administrativo e do interesse do agente público. A concepção do doutrinador sobre o tema sustenta-se na idéia fundamental de que “*A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.*” (*Curso...*, p. 45).

“inviabilidade da noção de interesse público como universal, absoluto, singular”.¹⁰⁰

A teoria da supremacia do interesse público não torna ilegítimos os interesses particulares: significa maior valoração, para fins de disciplina normativa, ao interesse público.¹⁰¹ O risco está em confundir o interesse público com o interesse do Estado ou com o interesse do governo ou mesmo com o interesse privado de grupo social, e todas são realidades distintas da do interesse público – embora dele integrantes. Portanto, identificar o interesse público não requer uma segregação dos interesses pessoais públicos e privados em compartimentos estanques, mas sim, ao contrário, uma conjugação deles. Não se trata de propor aqui a *despersonalização* da noção de interesse público, o que seria inadequado senão contraditório mesmo, mas sim de rejeitar que o interesse público corresponde ao interesse da pessoa de direito público e de reconhecer que a maior aproximação possível entre essas instituições é apenas a semântica.

§ 6. Insuficiência dos instrumentos formais de organização administrativa

As funções de autoridade exercidas pela Administração satisfazem-se com os instrumentos jurídicos disponíveis, através de um modelo que se reporta (i) ao ato administrativo, (ii) à escolha discricionária, (iii) aplicação literal

¹⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 148.

¹⁰¹ Um critério para essa valoração sem abandonar a órbita do *interesse público* foi proposta por Carlos Ari SUNDFELD, que distinguiu o seu sentido *mínimo* e o seu sentido *forte*: “*Quando o Direito atribui ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a atuação estatal (interesse público em sentido mínimo). Só que isso não importa necessariamente tomada de posição da ordem jurídica quanto à prevalência desse valor sobre outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o Direito consagra essa prevalência, pode-se falar em interesse público em sentido forte.*” (Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte : o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. In: *Revista Interesse Público*, n. 28, Porto Alegre : Notadez, 2004, p. 31).

e restritiva da lei e (iv) contemplação do interesse público.¹⁰² Mas, além do exercício da autoridade, a Lei de PPP estimula que Administração se preocupe fundamentalmente com a promoção do desenvolvimento econômico e social por maneiras inovadoras de participação dos agentes privados: as formas clássicas de Administração Pública revelam-se na maioria das vezes insatisfatórias, quando não inapropriadas para essa tarefa conjugada.

O formato de parceria público-privada instituído pela Lei nº 11.079 consagra uma atuação concreta da Administração desprendida do modelo tradicional de operação. Há soluções que a jurisprudência tem admitido a aplicação, mesmo nas licitações sujeitas à Lei nº 8.666, como a tendência de permitir o suprimento de defeitos. Pode-se identificar a consolidação formal dessa construção da doutrina e da jurisprudência quando o art. 12, inc. IV, da Lei de PPP, permite que o edital estipule a permissão para os concorrentes suprir defeitos e realizar correções formais na proposta. A permissão do art. 11, inc. I, da Lei de PPP, para o edital prever a arbitragem a fim de solucionar conflitos entre os parceiros contribui também para firmar o distanciamento entre o espírito da parceria público-privada brasileira e o postulado clássico de autoridade da Administração. Em consonância com essa concepção, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a aplicação da cláusula de arbitragem estipulada em um contrato administrativo comum¹⁰³ – o que qualifica a arbitrabilidade do contrato público como regra não restrita à PPP. Essa permissão foi contemplada pela recente

¹⁰² Essa classificação deve-se a Giuseppe PERICU, *Rumo a novos modelos...*, p. 97.

¹⁰³ STJ, Resp nº 612439/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005 (www.stj.gov.br/webstj). Acesso em 06.01.2006). A Segunda Turma admitiu a validade de cláusula de arbitragem em contrato administrativo, celebrado por sociedade de economia mista (Cia. Estadual de Energia Elétrica – CEEE). Decidiu-se que a inserção da cláusula compromissória do tribunal arbitral torna-o obrigatório para solver controvérsia sobre as obrigações contratadas e que a empresa de economia mista está dispensada de obter autorização legislativa para celebrar contrato contendo cláusula arbitral.

inclusão, pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, do art. 23-A na Lei nº 8.987.¹⁰⁴

O desempenho de tarefas típicas à atividade desenvolvimentista como também o alcance de seus resultados previsíveis e desejáveis exigem a rejeição de pelo menos duas representações ilusórias de condicionamento da organização administrativa (ora pela simplificação, ora pelo exagero), que na verdade são coerentes apenas com uma tradição conservadora de Administração Pública.

§ 7. A não-comerciabilidade da função pública

A primeira convicção a combater é a não-comerciabilidade da função pública, chamada ainda de não-contratualidade.¹⁰⁵ É comum negar-se a interlocução entre Administração e o agente privado sobre as regras de relacionamento, sob o pretexto de que isso a impediria de fazer suas próprias opções. Esta visão antiga prevaleceu por anos como forma de se assegurar que a Administração não correria o risco de ceder aos interesses dos interlocutores. A regra garantiria que o interesse público ficasse imaculado, sem se subordinar de qualquer forma ao interesse particular.

Há demonstração de que essa compreensão foi superada pela realidade: as decisões atuais da Administração, ainda que desenvolvidas exclusivamente por ela, envolvem necessariamente escolhas negociadas. A concentração do poder político na esfera exclusivamente estatal, nos termos clássicos da contratação pública, reduz a confiabilidade do projeto de longo prazo a nível diminuto. Defender que a Administração deva determinar unilateral e separadamente as regras do relacionamento que se pretende duradouro viola o núcleo da noção de cooperação, de operação conjunta entre público e privado, que remete necessariamente ao consenso negociado, de modo reiterado e

¹⁰⁴ Lei nº 8.987, art. 23-A: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil, em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

¹⁰⁵ PERICU, *Rumo a novos modelos...*, p. 100.

permanente.¹⁰⁶ Cogitar diferentemente, em homenagem a qualquer conceito pré-concebido e não-constitucional, implica em evitar o aperfeiçoamento do vínculo associativo concebido para a parceria público-privada.¹⁰⁷

Conclusão equivalente foi tomada em conta pela recente revisão, em 2004, da legislação europeia sobre os procedimentos de celebração de contratos públicos, pela qual houve reconhecimento formal pela legislação comunitária de “*um novo procedimento de celebração de contratos: o diálogo concorrencial*”.¹⁰⁸

§ 8. A ilusão da tipicidade absoluta da lei

¹⁰⁶ Não é outra a percepção de Marçal JUSTEN FILHO: “A utilização da expressão ‘parceria’ indica a ampliação da consensualização e da busca de soluções desenvolvidas em níveis de coordenação entre as partes. Ou seja, a reserva de competências unilaterais autoritárias destrói a idéia de parceria público-privada.” (A PPP brasileira e as lições do passado..., p. 21).

¹⁰⁷ Acresça-se a conclusão de Gustavo Henrique Justino de Oliveira: “Em face do exposto, as PPPs também encaixam-se no novo contratualismo administrativo, em que (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, como proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integrarão o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração.” (Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada..., p. 113).

¹⁰⁸ “Este diálogo fornece uma base jurídica a algumas formas de PPP no caso de projetos muito complexos para os quais uma autoridade competente tenha uma necessidade específica e procure junto dos operadores econômicos a melhor solução técnica.” In: Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas, da União Europeia. Disponível em <http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22012.htm>. Acesso em 03.01.2005.

Outra convicção insatisfatória reza que o único modo de evitar a incerteza da avaliação da Administração é atribuir a ela uma atividade restritivamente executiva da lei.

A condução administrativa pela maneira tipicamente definida em lei não representa necessariamente absoluta segurança jurídica. Primeiro, porque os atos administrativos podem ser revistos pela Administração, que possui inclusive autorização constitucional para tanto. Segundo, porque é impossível previsão legal das infinitas condutas possíveis à Administração e qualquer tentativa produziria um incremento nocivo no número de leis e uma necessidade de produção legislativa superior à já combatida capacidade atual. E terceiro, porque também existe previsão de que os atos administrativos possam sofrer o controle da legalidade pelo Ministério Público e o Poder Judiciário brasileiros.

Por paradoxal, não é desarrazoado considerar insuficiente o direito posto, seja qual for, para blindar da instabilidade das decisões de governo um projeto de desenvolvimento econômico em longo prazo. Em outras palavras e para usar noções recorrentes, não será a disposição típica de Estado (a lei) o exclusivo método de condicionamento da disposição atípica de governo.¹⁰⁹

A lei produz a estabilidade das regras, mas não a uniformidade da gestão contratual. A segurança jurídica decorrerá da legitimidade política, econômica e social da parceria público-privada, consolidada pela adoção de postura coerente com as práticas da boa governança¹¹⁰ e não das limitações formais à discricionariedade administrativa (e ao eventual arbítrio do governo).

¹⁰⁹ É a confiança mútua que Paul LIGNIÈRES enxerga como idéia preponderante da parceria público-privada: “*Os operadores privados devem também confiar nos poderes públicos, em sua boa-fé, em sua capacidade em criar o ambiente propício ao sucesso, em sua vontade de não mudar as regras do jogo. Mas a confiança não se decreta. Ela resulta inicialmente da estabilidade e da previsibilidade política e econômica. [...] A instabilidade política e econômica é o primeiro freio ao desenvolvimento dos investimentos privados nas infra-estruturas em vários países em desenvolvimento.*” (Partenariats..., p. 10).

¹¹⁰ A governança corporativa é padrão imposto pelo art. 9º, § 3º, da Lei de PPP, ao funcionamento da sociedade de propósito específico incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria público-privada.

Toda iniciativa de projeto de parceria público-privada carente de legitimação coletiva democrática¹¹¹ e de confiança mútua entre o parceiro público e o privado¹¹² tornará desproporcional a distribuição dos riscos associados, o que refletirá diretamente na tarifa. E nenhuma impropriedade haverá no reflexo desse ajuste, ao contrário: à cumulação de riscos ampliados (ou à sua desoneração) deverão incidir sobre a contraprestação do parceiro as compensações diretamente proporcionais.

Conclui-se que a confiança institucional é insuscetível de ser estatuída por lei ou por contrato: muito ao contrário, usualmente o contrato e a lei apenas tornam-se idôneos pela confiança que resulta do prévio consenso, seja parlamentar, seja negocial. A confiança que ampara a parceria público-privada emerge da estabilidade econômica e da previsibilidade política, que revelam um ambiente inercial. Mas, para além da abstenção de condutas negativas pelas partes, a confiança também resulta de uma conduta positiva, em que o poder

¹¹¹ Aluda-se à significativa opinião dos ingleses sondada pelo jornal *The Guardian*, em março de 2001, referida por António A. Figueiredo B. POMBEIRO: “Ao que refere, a maioria dos inquiridos deseja que os serviços públicos sejam geridos pelo Estado (em sentido amplo) e 66% rejeitam a idéia dos serviços públicos serem geridos com fins lucrativos. Apenas um dos inquiridos apoiou a idéia governamental de colocar PPP/PFI a gerir serviços públicos. Mais de 76% dos inquiridos defenderam o regresso dos transportes ferroviários ao sector público e 60% desejavam o regresso das prisões à gestão pública.” (*As PPP/PFI : parcerias público privadas e a sua auditoria*, Lisboa : Áreas, 2003, p. 75).

¹¹² Não é outra a percepção da doutrina sobre o vínculo necessário entre parceria público-privada e confiança: “As *Parcerias Públicas Privadas* só podem se desenvolver em um ambiente favorável. Decorrente da duração das operações em causa e dos riscos corridos, os contratos de parcerias ‘repousam fundamentalmente – como a moeda – sobre a confiança: confiança dos poderes públicos nos operadores, em seu saber-fazer, em sua capacidade em se adaptar às mudanças, em sua boa vontade’. Os projetos das *Parcerias Públicas Privadas* são freqüentemente refreados, pois os poderes públicos ‘ainda não assimilaram a necessidade de recorrer ao financiamento privado, e se fazem incessantemente esta pergunta de base no momento no qual estudam as modalidades’.” (LIGNIÉRES, *Partenariats...*, p. 10).

público demonstra sua capacidade de criar um cenário propício à realização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico.

PARTE II – O DIREITO BRASILEIRO SOBRE PPP

Seção 1 – Fundamentos da parceria público-privada:

§ 1. Origem histórica; § 2. A dimensão contemporânea dos contratos públicos; § 3. Noção conceitual de PPP; § 4. PPP sob regime de direito privado; § 5. Objetivos da PPP; § 6. Evolução da PPP na experiência estrangeira; § 7. *O project finance*.

Seção 2 – O regime jurídico federal:

§ 1. Origem e evolução do direito projetado; § 2. As diretrizes da PPP; § 3. O âmbito de aplicação da PPP; § 4. Concessão patrocinada; § 5. Concessão administrativa; § 6. Os sujeitos da PPP; § 7. As leis estaduais de PPP: disciplina e eficácia.

Seção 3 – A disciplina pré-contratual:

§ 1. A competência para instituir a PPP; § 2. A investigação do *Value for Money*; § 3. Limites da despesa pública e a Lei de Responsabilidade Fiscal; § 4. Atenuação das exigências formais; § 5. Obrigatoriedade e autoria de projetos; § 6. A repartição dos riscos do empreendimento; § 7. Consulta pública e licenciamento ambiental; § 9. Critérios de julgamento e a ordem das fases; § 8. O regime de pré-qualificação e lances em viva voz.

Seção 4 – O contrato de parceria público-privada:

§ 1. O vínculo associativo entre os sujeitos da PPP; § 2. Tempo e modo do investimento pelo parceiro privado; § 3. Tempo e modo da contraprestação do parceiro público; § 4. PPP e a teoria dualista da obrigação; § 5. O fundo garantidor como elemento essencial da PPP; § 6. Conversibilidade da concessão comum em PPP; § 7. Arbitrabilidade da PPP.

Seção 1 – Fundamentos da parceria público-privada

§ 1. *Origem histórica*

A parceria público-privada é a denominação que identifica modalidade contemporânea de prover serviços públicos e infra-estrutura. Sua instituição no Brasil pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, inspira-se na experiência estrangeira, que não é absolutamente vasta, nem linear e menos ainda consensual.

A parceria público-privada encontra origem nos mesmos fenômenos que produziram também as delegações genéricas de prestação de serviços públicos e construção de infra-estruturas. Embora a concessão de serviços públicos seja instituição secular, a parceria público-privada como instrumento dela derivado experimentou, na Europa, aplicação orgânica e gerenciada desde apenas os últimos 20 anos. Sua distinção como modalidade autônoma dessas delegações ocorreu na esteira da crescente complexidade dos

cenários econômicos que passaram a exigir condições mais elaboradas de interação entre o Estado e o setor privado produtivo.

A limitação de recursos estatais foi a mola-mestra das primeiras delegações nos portos, mercados e termas da Antigüidade, que continuavam a constituir serviços e equipamentos públicos apesar da sua prestação com recursos privados. Existe notícia da adoção de mecanismos de financiamento embrionários ao *project finance* desde o século V a.C. em Atenas, onde se reconhecia uma forma de dívida unicamente pagável pelos resultados da venda de determinada carga, sendo que o risco integral era do empreendedor, já que o empréstimo não era reembolsável em caso de perda da carga.¹¹³

A concessão de serviços públicos conforme a conhecemos tem formulação jurídica atribuível aos franceses, que a utilizam para construir pontes e canais desde os séculos XVII e XVIII. O século XIX foi o período de maior prestígio do regime de concessões, quando foram construídos ferrovias e equipamentos urbanos provedores de serviços essenciais: água, saneamento, transporte, iluminação. A instabilidade política e monetária ocorrida na primeira metade do século XX determinou o declínio da utilização das concessões, reforçado pela nacionalização das cinco maiores companhias ferroviárias francesas em 1937 e das de eletricidade e gás em 1946. Somente a partir da década de 1980 o prestígio do sistema de concessões tornou a ser reputado como uma opção desejável de exercício da atividade econômica.¹¹⁴

No Reino Unido, a parceria público-privada adotou formato denominado *Private Finance Initiative* (PFI), que é a denominação oficial da parceria público-privada no país e que não elimina a existência paralela da

¹¹³ LIGNIÈRES, *Partenariats...*, p. 5.

¹¹⁴ Paul LIGNIÈRES identifica que o termo parceria público-privada se disseminou a partir de 1997 e a consolidação oficial da expressão ocorreu apenas em 1999: “*Por mais que seja antiga, a noção de Parceria Pública Privada foi promovida pela publicação do relatório do grupo reunido ao redor de Neil Kinnock sobre o tema do financiamento de projetos da rede transeuropeia de transporte por parcerias entre o setor público e o setor privado. A Comissão europeia utilizou novamente esta noção em seu projeto de comunicação sobre as concessões e outras formas de parcerias públicas privada.*” (*Partenariats...*, p. 1).

parceria público-privada, mas se distinguem porque a PFI britânica exprime projetos auto-sustentáveis.¹¹⁵ Essa noção de auto-sustentabilidade se embrenhou nos contratos de delegação de serviços públicos a partir do inconformismo da sociedade civil nos países desenvolvidos com a crescente carga fiscal, então justificada para sustentar a qualidade dos serviços públicos.¹¹⁶

Quanto à Europa, agregue-se a esse panorama a construção da unificação do mercado continental, cuja equiparação entre países-membros dotados de infra-estrutura e serviços públicos mais e menos desenvolvidos exigiu recursos de grande monta, que foram supridos, em boa parte, pelas parcerias público-privadas.

A compressão da receita tributária gerou a limitação funcional da Administração Pública para suprir a demanda pelo incremento das necessidades em infra-estruturas e pela ampliação da qualidade e quantidade dos serviços públicos. Essa dificuldade foi prontamente assimilada pelo Partido Trabalhista britânico – tradicionalmente vinculado ao modelo econômico do Estado Social –

¹¹⁵ “Outro ponto que necessita de esclarecimento é o uso por alguns do conceito de private finance initiatives (PFI). Trata-se da nomenclatura oficial na Grã-Bretanha, que inclui não só a PPP (sem auto-sustentação), como também as parcerias auto-sustentáveis (project finance). Aliás, a Lei 11.079/04, sobre PPP, restringiu estas últimas ao campo das grandes concessões de infra-estrutura, enquanto o conceito de PFI continua tendo um sentido mais genérico, mesmo para o caso de projetos sem auto-sustentação. No entanto, ele é mais abrangente e não representa um sinônimo de PPP.” (BORGES, Luiz Ferreira Xavier; NEVES, César das. Parceria público-privada : riscos e mitigação de riscos. In: *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, jun 2005, p. 78).

¹¹⁶ O regime jurídico contratual das PFI – formulação do *Common Law* – é notadamente diferente de qualquer outro concebido sob o sistema do *Civil Law*. É necessário, por isso, cautela ao procurar simetria entre a incipiente parceria público-privada brasileira e a PFI britânica. No direito inglês, por exemplo, não existe uma teoria da imprevisão nem do fato do príncipe. Não vigora, tampouco, o princípio da modificação unilateral do contrato pela Administração. A inexistência de distinção entre direito público e direito privado no *Common Law* impõe inclusive à Administração o regime geral dos contratos, fundado na liberdade de contratar (*freedom of contract*) e na inviolabilidade do contrato (*sanctity of contract*). (COSSALTER, A “private finance initiative”..., p. 463).

que em 1997 desbancou o governo conservador de John Major, sucessor da política privatizante de Margareth Thatcher. A menção à experiência britânica tem relevância porque em período relativamente curto o Reino Unido experimentou as fases embrionárias da parceria público-privada, correspondentes à privatização e à liberalização. Esses dois fenômenos estão entrelaçados de tal modo à parceria público-privada que se faz necessário aclarar sua inconfundibilidade entre si e com o objeto principal desta abordagem.

A privatização em sentido amplo abrange diversos fenômenos que possuem em comum o resultado de redução da presença do Estado e a eliminação da burocracia.¹¹⁷ Esse conceito ampliado abrange situações em que esse duplo resultado ocorre em menor intensidade. Por outro lado, a privatização em sentido estrito¹¹⁸ consiste no alcance radical daqueles resultados, perceptíveis em máxima extensão mediante a alienação de patrimônio estatal para a esfera privada. Por esse aspecto, a privatização consiste na transferência parcial ou integral de propriedade das ações, dos ativos ou das atividades do setor público para o setor privado – que permanecerá subordinado ao regime de direito público, na privatização *stricto sensu*, caso haja transferência do poder de controle sobre sociedade que preste serviço público. Já a liberalização de um

¹¹⁷ Os dois qualificativos foram identificados por Marçal JUSTEN FILHO (*Teoria geral das concessões...*, p. 129).

¹¹⁸ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO formulou uma abordagem da privatização em sentido amplo, abrangendo sob essa denominação pelo menos cinco fenômenos: “a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b) desmonopolização de atividades econômicas [ora defendidas como liberalização]; c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização) [ora privatização ‘stricto sensu’]; d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e) os contracting out (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização.” (*Parcerias na administração pública*, 4ª ed., São Paulo : Atlas, 2002, p. 17).

setor econômico exercitado pelo Estado consiste na supressão de monopólio estatal, assim alcançando a abolição das barreiras jurídicas à introdução da concorrência.¹¹⁹

Ao privatizar ou liberalizar um setor da economia, o Estado não estabelece nenhuma parceria público-privada, nem em sentido amplo – quando muito, a privatização e a liberalização instituem um cenário favorável à posterior celebração de um modelo contratual de parceria público-privada. Na privatização e na liberalização, o Estado se retira das funções de operador do respectivo setor para exercer perante este, em princípio, apenas funções de regulamentação e de regulação. Não se constituem propriamente em parcerias público-privadas, mas ficam diminuídos os limites da atividade econômica do Estado, com a decorrente ampliação da liberdade de atuação do comércio e da indústria privadas.

Indo avante, a parceria público-privada encontra cenário propício quando o Estado se demite da prestação direta do serviço público por meio da própria despatrimonialização ou admite militar em ambiente competitivo com a iniciativa privada, subordinado a equivalentes instrumentos jurídicos a ele disponíveis. Esse desengajamento do Estado não implica sua absoluta alienação do serviço público, mas freqüentemente sua interação com ele sob um novo modelo, inclusive em formato contratual. Assim ocorreu quando a adoção da moeda única na Comunidade Européia provocou uma onda de liberalização de serviços públicos que foi considerado como um fator de desenvolvimento da participação da iniciativa privada no financiamento de infra-estruturas. Na realidade, a supressão do risco cambial provocou uma corrida de investimentos em infra-estruturas nos países-membros cuja moeda era fraca: a liberalização foi praticamente forçada pela abundância de recursos produzidos pela equiparação cambial.

§ 2. A dimensão contemporânea dos contratos públicos

A privatização e a liberalização permitem a ampliação da inserção do setor privado no desenvolvimento de atividade produtiva mediante a exploração econômica dos *contratos públicos*.¹²⁰

¹¹⁹ São ambas noções extraídas de LIGNIÈRES, *Partenariats...*, p. 2.

Não se adota exclusivamente, nesta abordagem, a figura restritiva do *marché public* do direito francês, cuja incidência exclui, de regra, as delegações de serviço público.¹²¹ A limitação comporta ponderação: há reconhecimento doutrinário da condição de *marché public* a uma PFI sob risco de qualidade que seja remunerada exclusivamente pela Administração.¹²² A PFI sob risco de qualidade é aquela em que a remuneração não se vincula à utilização real do serviço, mas sim à manutenção da plena disponibilidade do serviço pelo concessionário. No caso de escolas ou presídios mantidos por PFI dessa espécie, por exemplo, o risco do concessionário é a sua falta de eficiência representada pela indisponibilidade (*unavailability*) de parte ou de todo o serviço ou a infraestrutura, circunstância que acarretará o decréscimo de sua remuneração. Existe ainda outro critério para caracterizar uma PFI como *marché public*, consistente na qualidade do objeto principal do contrato: haverá presunção relativa de

¹²⁰ A liberalização de setores condicionados pelo monopólio público e a privatização, traduzida pela alienação de empresas públicas ao setor privado foram entremeadas pela *empresarialização* e pela *societarização* das empresas públicas que passaram para o controle privado, embora atuando em contratos públicos, na visão de Vital MOREIRA: “Juridicamente a *empresarialização* traduziu-se na adopção de formas de direito privado (*regime laborístico das relações de emprego, regime comercial da gestão económica e financeira, etc.*). Por sua vez, a privatização tornou necessária uma prévia *societarização* das empresas públicas (*corporization*), transformando-se o seu capital institucional em capital social, titulado em acções, susceptíveis de serem alienadas em bolsa. De facto, o processo de transformação jurídico-institucional-económica dos serviços públicos tradicionais seguiu sucessivamente estas fases: *empresarialização, liberalização, societarização e privatização.*” (*Os serviços públicos tradicionais...*, p. 236).

¹²¹ “A expressão *marché public* é utilizada, no Direito francês, para indicar os contratos administrativos caracterizados por uma relação exclusiva entre a Administração e um particular e pela remuneração mediante pagamentos oriundos dos cofres públicos. A categoria abrange os contratos de alienação, fornecimento, de serviços e de obras – o que, entre nós, corresponde às contratações regidas pela Lei 8.666/93. Não se enquadram na categoria de *marché public*, basicamente, as delegações de serviço público.” (COSSALTER, A “*private finance initiative*”..., p. 467, nota do tradutor).

¹²² COSSALTER, A “*private finance initiative*”..., p. 472.

marché public desde que as obras de infra-estrutura sejam apenas um suporte acessório à prestação do serviço – sendo esta a motriz original da decisão de instituir a parceria público-privada (sob modalidade de PFI).¹²³

Mediante essa ressalva, os contratos públicos genericamente considerados desenvolvem-se em setores da economia nos quais se presta serviço público, emanado ou não de privatização e liberalização, mediante remuneração por meio de tarifa, submetidos ao regime de competição como regra e ordinariamente sujeitos a fiscalização por atividade regulatória.

A idéia de contrato público, no seio do qual se estabelece o negócio público, relaciona-se com a cogitação da morte do serviço público.¹²⁴ Supostamente, a interação entre os preceitos do direito público e do direito privado, a retirada do Estado como prestador direto de serviços públicos e a atribuição de perfil cada vez mais negocial à fase pré-contratual teria extinguido os pilares do serviço público como instituição. Mas a inserção do serviço público na dimensão mercadológica não elimina a sua existência – ao menos não a elimina como fenômeno multifacetado e insuscetível de redução conceitual unificada em todos os ordenamentos.¹²⁵ Na realidade, o perfil do fenômeno do

¹²³ Entretanto, “A interpretação do caráter acessório das obras importa uma discussão: segundo alguns, as obras são acessórias quando elas não representam o objetivo principal do contrato; para outros, é o valor econômico respectivo das obras e dos serviços que constitui o critério da distinção.” (COSSALTER, A “private finance initiative”..., p. 480).

¹²⁴ A tese, encampada por ARIÑO ORTIZ (*Principios de derecho público económico*, Granada : Comares, 2001, p. 511), foi rejeitada por Marçal JUSTEN FILHO que defendeu a persistência, em cada ordenamento nacional, de uma gama de atividades de exploração econômica cujo regime jurídico não se submete à atividade econômica propriamente dita, mas se subordina ao direito aplicável às atividades relacionadas à satisfação do interesse coletivo: “As denominações reservadas para essas diferentes hipóteses variam de país para país, tal como o conteúdo do regime jurídico correspondente e sua extensão de abrangência. Mas sempre existe um núcleo reconduzível ao que se denomina, entre nós, de serviço público.” (*Teoria geral das concessões...*, p. 38).

¹²⁵ Generalizou-se a percepção da insuficiência dos instrumentos tradicionais que permitam a continuidade do fluxo de investimentos de grande monta em serviços públicos de baixa

novo serviço público foi fortemente influenciado notadamente pela regulamentação comunitária, que induz à aproximação entre as atividades pelas quais o Estado promove a satisfação das necessidades coletivas fundamentais e uma das regras primordiais do capitalismo, representada pela competição.¹²⁶ Essa conjugação de fatores extraídos do mundo dos negócios não corresponde à idéia desvirtuada da transformação do cidadão em consumidor. Ao inverso, configura reforço da cidadania, na medida em que o monopólio não se coaduna com a economia capitalista de mercado. É quando submetida ao monopólio que a cidadania sucumbe, por tornar-se destituída da faculdade de escolha pautada pela eficiência do prestador de serviço.

O contrato público integra, mais especificamente, uma tendência crescente no direito brasileiro que se caracteriza pela denominada *fuga* do direito administrativo. Trata-se da tentativa de submeter os próprios institutos do direito administrativo ao regime de direito privado, o que jamais será possível de maneira generalizante, embora isso já ocorra de maneira relativamente ampla mesmo quando considerado o regime tradicional do direito administrativo. Pode-

rentabilidade – justamente a desproporção que a PPP tende a debelar: “*Em síntese, tem acesso ao serviço público quem renda possui, o que transforma o antigo cidadão com pleno acesso em clientes que são portadores de renda para poder então pagar diretamente por eles. Nos países não desenvolvidos, geralmente apoiados em grande iniquidade de renda, a desigualdade termina virando exclusão social e apartação territorial. A segmentação dos serviços sociais passa a ser norma até levar à exclusão daqueles que nada possuem como pagamento. E se isso for massificado, a aplicação privada no limite tende a deixar de ser lucrativa, levando ao desinvestimento e à degradação dos equipamentos e serviços públicos.*” (POCHMANN, Marcio. *O fim dos serviços públicos*. Disponível em <<http://agenciartamaior.uol.com.br/agencia.asp?id=1325&coluna=boletim>>. Acesso em 16.06.2005).

¹²⁶ “Não seria exagero afirmar que a teoria dos serviços públicos, no âmbito comunitário europeu, orienta-se não propriamente à extinção da figura, mas se volta a produzir a implantação da competição ou de mecanismos equivalentes à competição. O que se pretende é evitar que o Estado (ou um agente privado) valha-se da posição de monopólio para prestar atividades mais inadequadas e onerosas do que seria possível.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões...*, p. 36).

se apontar que usualmente e há muito tempo a Administração Pública institui sociedades de economia mista sujeitas ao regime de direito privado¹²⁷ e estabelece relações empregatícias pelo direito comum do trabalho.¹²⁸ Essa propalada fuga será impossível, por outro lado, nos casos de regime compulsório de direito público, como os contratos de concessão, de gestão, convênios, parcerias.¹²⁹

No âmbito internacional, os diversos organismos multilaterais que disciplinam as movimentações mercantis e financeiras entre as nações estabeleceram dispositivos tendentes a regulamentar a celebração dos contratos públicos de bens, trabalhos e serviços. Houve longa relutância em ingressar nesse tema dominado pelo embate ideológico sobre o tamanho e o alcance da intervenção estatal na economia, tanto que em 1947 os contratos públicos haviam sido expressamente excluídos pela Organização Mundial do Comércio do campo de aplicação das regras comerciais multilaterais sobre mercadorias e serviços. Mas em 1979 houve a extensão da incidência daquelas regras até o ponto de ser firmado em 1994, em Marrakech, o Acordo sobre Contratos Públicos, em vigor desde 1996.¹³⁰ O Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial implantaram

¹²⁷ Mesmo esse regime do particular que exerce atividade estatal é híbrido: “*se é verdade que a entidade atua sob o regime de direito privado, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre responsabilidade civil sobre usuários, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo poder público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao particular.*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. In: *Revista Interesse Público*, n. 30, Porto Alegre : Notadez, mar-abr 2005, p. 54).

¹²⁸ O regime celetista se aperfeiçoa na Administração indireta de direito privado, mediante *emprego privado em empresa estatal* (JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 660).

¹²⁹ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO considera que essa fuga “*não tem como concretizar-se com a extensão que se possa pretender, tendo em vista que o direito privado, quanto utilizado pela Administração pública, é sempre derogado parcialmente por normas de direito público, muitas delas com fundamento constitucional.*” (Inovações..., p. 55).

¹³⁰ Texto integral disponível em http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_02_s.htm. Acesso em 29.09.2005.

procedimentos que se destacam como modelos da regulamentação internacional dos contratos públicos, cujo objetivo primordial é o combate à corrupção através da padronização de procedimentos que estabelecem os condicionamentos internos como método primário de controle.

A magnitude econômica dos contratos públicos justifica as atenções desses organismos fomentadores: nada menos do que 11% do produto interno bruto da União Européia concentra-se nos contratos públicos, o que representava 720 bilhões de euros no início desta década. Os financiamentos do Banco Mundial alcançam a média anual de 20 bilhões de dólares, que se transformam em investimentos anuais próximos de 50 bilhões de dólares disseminados em cerca de 40.000 contratos, seja para projetos de infra-estrutura ou construções de plantas industriais, seja para compras de pequenas quantidades de bens e de serviços.¹³¹

§ 3. *Noção conceitual de PPP*

Um amplo universo de modalidades de interação entre o Estado e o setor produtivo privado tem sido denominado, indistintamente, de parceria público-privada. No entanto, apenas uma parcela dessas iniciativas conjugadas pode ser identificada, restritivamente, como contratos de parceria público-privada.

Não é coincidência, por isso, que a própria parceria público-privada encontre origem na concessão de serviços públicos. Mais especificamente, a parceria público-privada pode ser enfocada como uma derivação da concessão de serviços públicos, que ao longo do tempo foi assumindo paulatinamente contornos cada vez mais complexos, à medida que mais intrincado tornava-se o envolvimento entre o público e o privado e os negócios dele emergentes. Então, a parceria público-privada comporta um esboço de conceituação sob duplo enfoque.

¹³¹ Os dados referidos foram extraídos de LIGNIÉRES, *Partenariats...*, p. 8. Na França, os contratos públicos estão estimados em 13% do PIB.

Em acepção ampla, abrange todas as formas de colaboração entre, de um lado, os poderes públicos e, de outro lado, o setor privado.¹³² De regra, a parceria público-privada *lato sensu* possui o traço peculiar da *gestão privada do bem público*, mediante remuneração ou não. Mas não se restringe a esse aspecto, podendo contemplar também as hipóteses em que o Estado se vincula sob regime de direito privado ou em que não promove o desenvolvimento por exercício direto de atividade econômica, mas encoraja a iniciativa privada por meio de regulamentação, em que se vale da emissão de normas para incentivar condutas desejáveis (como a atribuição de incentivos fiscais, por exemplo), e pelo controle da aplicação da regulamentação. No primeiro caso, o Estado atua por meio do Poder Legislativo e eventualmente do Executivo (na hipótese de diminuição de alíquotas fiscais por decreto, para continuar no exemplo acima); no segundo, compete ao Poder Judiciário cumpri-lo e também ao Legislativo, por meio de cortes de contas.¹³³ De rigor, em nenhuma dessas funções o Estado assume verdadeira condição de *parceiro*, pois ainda que estabeleça um ambiente encorajador *in abstracto*, nesses casos o Estado permanece atuando com poder de império e sem praticar atividade concreta ao plano contratual.

Embora como categoria formal autônoma, a parceria público-privada se insere na mesma dimensão do direito de parceria, que cada vez mais freqüentemente tem recebido o tratamento de direito do desenvolvimento. A novidade da denominação da PPP como *parceria* acaba assinalando um destino, mais do que um objetivo, para o direito administrativo. Acessoriamente, aprofunda a distinção entre o direito de parceria e o contrato de parceria rural, tradicional modalidade de direito privado com bastante mais aplicação e sentido

¹³² “No seu sentido mais abrangente, *parceira público-privada* será qualquer forma de relação contratual de associação ou de colaboração entre uma ou mais entidades públicas e uma ou mais entidades privadas. É difícil conceber alguma época em que não existisse parceria público-privada com este significado.” (POMBEIRO, *As PPP/PFI...*, p. 46).

¹³³ Essa conjugação de funções entre os Poderes estatais, embora cada qual na medida de seus respectivos órgãos e competências, espelha a impossibilidade de separação absoluta de Poderes ou, quando menos, de separação absoluta das funções por eles exercidas, conforme discriminação de Marçal JUSTEN FILHO (*Curso...*, p. 24-25).

do que o direito do desenvolvimento, no Brasil predominantemente agrário durante a maior parte dos anos 1900.

Nessa medida, a parceria público-privada passa a evocar a colaboração entre os contratantes sob vínculo associativo também encontrável na parceria comum – o que impede de reputá-lo como traço distintivo entre os dois institutos.¹³⁴ Ficam estabelecidas, na parceria público-privada, prestações interdependentes de tal modo singulares e durante período tão alongado que o risco de derruição da comutatividade original se eleva exponencialmente, inclusive pela conduta de algum dos parceiros. É a natureza peculiar desse vínculo que caracteriza o contrato de parceria público-privada, em que cada parceiro se conduza de modo a instituir e manter uma ambiente de previsibilidade, não apenas avocando parcela de responsabilidade na realização do empreendimento, mas também comprometendo-se com condutas tendentes a manter inalterada a parcela de risco assumida pelo outro parceiro, num contrato de longa duração.

Ainda em sentido amplo, pode-se aludir a espécie de associação despersonalizada entre Estado e particular que se estabelece por vínculo contratual formal e se destina à viabilização de serviços públicos por meio da delegação temporária de sua prestação, como as concessões de serviço público.¹³⁵ A situação das delegações em geral no âmbito de uma conceituação *lato sensu* de parceria público-privada se justifica com plenitude perante o ordenamento

¹³⁴ Sobre a natureza associativa da concessão, confira-se: JUSTEN FILHO, *Teoria geral...*, p. 62 e seguintes.

¹³⁵ Conforme Carlos Ari SUNDFELD, “*Em sentido amplo, ‘PPPs’ são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs; etc.).*” (Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 22).

brasileiro, cuja distinção é inequívoca em vista da edição de lei especial definindo os limites do contrato de parceria público-privada no Brasil.¹³⁶

Em sentido estrito, de todo modo, a parceria público-privado comporta definição de natureza contratual em face dos ordenamentos nacionais que não a distinguem como contrato típico.¹³⁷ Serão espécies de parceria público-privada todas as iniciativas conjugadas entre o Poder Público e o setor produtivo privado de cooperação financeira e organizacional, destinadas a satisfazer um interesse da coletividade e sustentar o seu desenvolvimento, qualificadas pela distribuição calibrada dos riscos e por um vínculo associativo entre as partes, consolidado por contrato cuja celebração se justifica pela apuração do *Value for Money* e estruturada sobre um *project finance* – o que remete à participação de um terceiro agente formal na parceria público-privada: a instituição financeira

¹³⁶ De acordo com a definição de Marçal JUSTEN FILHO, “*Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.*” (Curso..., p. 549).

¹³⁷ António POMBEIRO produziu definição bastante ampliada de parceria público-privada, incluindo a *Private Finance Initiative* – PFI, como “*uma qualquer forma estável e de longo prazo de associação empresarial ou relação contratual: (a) entre pelo menos uma entidade pública e outra privada; (b) para o provimento de necessidades públicas que devam ser asseguradas ou controladas pela Administração Pública e por ela suportadas total ou parcialmente; (c) com fins lucrativos por parte da entidade privada ou ganhos de ‘VfM – Value for Money’ quando esta seja uma instituição sem fins lucrativos; (d) visando ganhos de ‘VfM – Value for Money’ relativamente ao ‘PSC – Public Sector Comparator’, por parte da entidade pública; (e) com riscos e funções de gestão compartilhados; (f) contra pagamentos por dotações orçamentais públicas, variáveis em função do grau de realização dos objetivos, dos requisitos de disponibilidade, níveis de serviço oferecidos e utilizados e, eventualmente, de outros requisitos, todos, prévia e contratualmente definidos pela entidade pública; (g) e/ou contra a cobrança de tarifas aos utentes; e/ou contra a exploração acessória de activos ou mercados do domínio público em ordem à redução de encargos para os utentes ou para a Administração.*” (As PPP/PFI..., p. 51).

que aprovará o *project finance* e, nele amparada, financiará a parceria público-privada.¹³⁸

§ 4. PPP sob regime de direito privado

A identificação da parceria público-privada como instituto dotado de autonomia teórica perante outras modalidades de conjugação de esforços entre os setores público e privado suplanta a esfera da dissociação entre parceria *stricto sensu* e *lato sensu*. Apenas por esse último aspecto pode-se cogitar de parceria público-privada sob o regime de direito privado – cuja modalidade mais difundida no Brasil é a sociedade de economia mista.¹³⁹

A sociedade de economia mista consiste em modalidade de atuação coordenada entre o Estado e a iniciativa privada na atividade econômica. Trata-se de categoria distinta da parceria público-privada, que dela se afasta, em primeiro lugar, pelo regime jurídico aplicável a cada qual: na sociedade de economia mista, o vínculo entre a Administração e o setor privado se estabelece na seara do direito societário,¹⁴⁰ sendo que a parceria público-privada se rege pelo regime de

¹³⁸ Conforme Carlos Ari SUNDFELD, “*Em sentido estrito, ‘PPPs’ são vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei federal 11.079/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.*” (Guia jurídico das parcerias público-privadas..., p. 23).

¹³⁹ “É inquestionável que uma sociedade de economia mista (que tenha sócios privados) é uma manifestação de parceria público-privada, tal como se põe quanto às próprias concessões de serviço público. Mas a expressão parceria público-privada, no contexto da Lei nº 11.079, apresenta um significado mais restrito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed., São Paulo : Dialética, 2005, p. 34).

¹⁴⁰ Waldemar FERREIRA aludiu à sociedade de economia mista como destinatária de regras de direito privado, ainda que voltada a interesse público: “*O interesse da sociedade, assim criada, ou seja a de economia mista, coincide com o interesse público, para cuja satisfação ela se erigiu, de maneira que se poderia dizer, parafraseando, que ela de pessoa jurídica de Direito Privado só tem o gesto e o peito. No mais, e por tudo, ela tem o ânimo e a alma, se é que a tem, de pessoa jurídica de Direito Público interno.*” (Tratado de direito comercial, vol. 5, São Paulo : Saraiva, 1961, p. 311). A conformação de pessoa de direito público interno para a sociedade mista não corresponde à exatidão científica. O regime formal tem utilidade para o funcionamento da sociedade – e a vinculação do regime à pessoa de direito

direito público. Em segundo lugar, subsiste a distinção calcada na noção de que ao integrar a sociedade de economia mista o Estado assume a condição de empreendedor direto da atividade,¹⁴¹ enquanto na parceria público-privada essa intervenção se coloca em outro plano, correspondente ao afastamento do Estado do cometimento direto, delegando para a iniciativa privada o papel de exploração dos contratos públicos e reservando para si a tarefa de regulação.

A sociedade de economia mista no Brasil não necessita ser criada por lei,¹⁴² identicamente ao que ocorre com a parceria público-privada, cuja decisão de celebração depende de ato administrativo. A Emenda Constitucional nº 19/98 manteve sob o controle do Parlamento a identificação da necessidade da instituição da sociedade de economia mista, mas retirou-lhe a competência para criá-la. Ou seja, a atribuição de organizar o exercício de determinada atividade estatal sob ditames de direito privado foi retirada do Poder Legislativo e atribuída ao Poder Executivo.

Malgrado o contrato de parceria público-privada permaneça qualificado como sinalagmático, o vínculo instituído entre a Administração Pública e o parceiro privado tem natureza associativa, embora em moldes diversos do direito societário. Ao financiar obras e serviços por meio de parceria

público não soluciona o problema da burocracia sufocante que permeia a atuação da Administração direta.

¹⁴¹ Confirma-se a advertência de Francesco GALGANO sobre a natureza da atividade promovida pela companhia mista: *"A atividade econômica desenvolvida pelos poderes públicos em condições de paridade e de concorrência com os empreendedores privados é, ela mesma, iniciativa econômica privada: é atividade pública somente pela natureza do sujeito agente; é no entanto atividade privada pelas modalidades do seu desenvolvimento: é expressão da capacidade de direito privado do ente público, da sua capacidade de fruir dos mesmos direitos e das mesmas liberdades do cidadão privado."* (*Diritto commerciale : le società*. 3ª ed., Bolonha : Zanichelli, 1986, p. 416).

¹⁴² O art. 37, inc. XIX, da Constituição Federal, dispõe que a sociedade de economia mista não necessita ser criada por lei, que se restringirá a autorizar sua instituição. A redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 19/98 manteve apenas para a autarquia a exigência de criação por lei.

público-privada, a Administração pretende com isso – além da ampliação da oferta de infra-estrutura e serviços públicos – obter para resultado econômico-financeiro positivo para o Estado, por conta de uma eficiência de custo (*cost-effectiveness*).¹⁴³

Na parceria público-privada, o controle da companhia que explorará o serviço público concentra-se no parceiro privado – embora a Lei brasileira de PPP admita que o Estado possa deter participação não majoritária no capital votante da sociedade de propósito específico que receberá a delegação (art. 9º, §4º).¹⁴⁴

Outro vértice das normas recepcionadas pelo art. 238 da Lei das S/A consta do parágrafo único do art. 116 da mesma Lei, ao estender as obrigações do acionista controlador ao atendimento de interesses da comunidade em que atua. Essa norma encontra sustentação constitucional no art. 5º, inc. XXIII, e especificamente como princípio da ordem econômica (art. 170, inc. III). Portanto e tanto quanto a parceria público-privada, a sociedade de economia mista permanece adstrita a uma dupla função relacionada com o interesse público e o interesse privado, revelado pela intrigante expressão constante da segunda parte do art. 238 da Lei das S/A, ao asseverar que a companhia mista *"poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação."* A redação do artigo deixa transparecer o acerto do entendimento de que a finalidade imediata da sociedade mista é a distribuição

¹⁴³ “Uma das condições da pactuação de contratos com o setor privado é um benefício em termos de custo e de qualidade. Essa procura do Best Value for Money, a melhor relação qualidade-preço, deve evidentemente fazer-se entre uma pluralidade de ofertas do setor privado, mas sobretudo entre as ofertas do setor privado e do setor público.” (COSSALTER, A “private finance initiative” ..., p. 437).

¹⁴⁴ O § 5º do art. 9º prevê exceção à regra do § 4º: a instituição financiadora da PPP, **mesmo controlada pelo Poder Público**, poderá assumir o controle da SPE titularizada pelo parceiro privado que inadimplir o contrato de financiamento. O art. 5º, § 2º, inc. I, da Lei nº 11.079, não estipulou a obrigatoriedade de constar no contrato a previsão dessa transferência em caso de inadimplemento – mas para aplicar o art. 9º, §5º, será indispensável que o contrato preveja expressamente a transferência e estipule os seus requisitos e condições.

dos lucros aos seus acionistas. No entanto, mantém o interesse público como uma finalidade subsidiária e este não é sentido extraível do sistema regulador da sociedade de economia mista. Na realidade, a atuação da companhia mista não se vincula a uma *faculdade* de suprir um interesse público, mas ela dispõe verdadeiramente um *dever* de atender *primordialmente* o interesse público. Outra interpretação resultará inclusive em afronta à Constituição, relativamente à norma condicionante do capital ao exercício de função social, contida no art. 170, inc. III.

O senso aparente da norma parece significar uma autorização para o administrador optar pelo interesse público, sempre que estiver em confronto com o interesse privado. Porém, essa não é a solução preconizada pelo regime da companhia mista, porque não haverá conflito direto possível entre os interesses. Conforme anteriormente proposto, o interesse público relacionado à companhia mista é um interesse mediato e original, mas o interesse privado é imediatamente e finalístico. Logo o acionista controlador, necessariamente o Estado,¹⁴⁵ está direcionado desde sempre para a consecução dessas duas modalidades de interesses, que se encontram em planos distintos de satisfação.¹⁴⁶ O mero exercício daquela atividade pelo Estado já é suficiente para a satisfação do estrito interesse público: a regulamentação do mercado ou a exploração de atividade

¹⁴⁵ A doutrina italiana identificou que a participação estatal relevante para o direito societário é somente aquela na qual o Estado detém a maioria do capital social, pois *"as empresas cujo Estado participa em posição de minoria não podem ser afinal objeto dos condicionamentos em que a oportunidade política é a razão de ser da participação estatal."* (SARACENO, Pasquale. *Partecipazione Statali*. In: Enciclopedia del Diritto. Milão : Giuffrè, 1982, p. 44). Logo, na sociedade em que a participação estatal for minoritária não se configura a destinação pública de origem a ser conferida à empresa e que serve de justificativa para sua criação.

¹⁴⁶ Em socorro ao raciocínio ora desenvolvido, Francesco GALGANO ensinou que *"Segundo esta orientação, o interesse público é realizado somente pelo fato, em si considerado, da presença no mercado da empresa de economia mista, pelo fato de sua presença naquele dado setor da produção ou da sua presença naquela dada área territorial, sem prejuízo do modo de gerir a empresa social."* (*Diritto commerciale*..., p. 430).

rendosa ou o fornecimento de serviço essencial ou qualquer que seja o objetivo do controle societário pelo Estado.

Uma derradeira distinção merece destaque, relativa à repartição dos riscos. Na sociedade de economia mista o Estado assume responsabilidade no limite da parcela do capital social que verteu na companhia. Há, portanto, significativa diferença acerca do risco pela responsabilidade patrimonial, que no contrato de parceria público-privada pode ser repartida consensualmente sem as limitações ordinárias, sendo que na sociedade de economia mista o risco pela responsabilidade societária (que inclui a responsabilidade subsidiária do controlador na sociedade de economia mista – art. 242, Lei das S/A) está previamente definido pela lei.

§ 5. Objetivos da PPP

A compreensão das origens da parceria público-privada permite esboçar uma gama de objetivos que a sua instituição pretende alcançar. Há duas espécies de objetivos classificáveis de acordo com o âmbito jurídico e a esfera econômica.

Pela vertente jurídica, a parceria público-privada visa primordialmente a conferir estabilidade em relação ao modo e ao tempo de execução de um contrato em que a Administração for parte. Na medida em que esse contrato estabelece divisão peculiar de riscos, que estabelece como premissa – no direito brasileiro – que o parceiro privado promova o investimento antecipadamente ao início do recebimento da remuneração, a parceria público-privada tem como objetivo induzir o aumento de investimentos privados em serviços públicos. Para tanto, há o estabelecimento de garantias especiais ao parceiro privado, assim como em contrapartida estipulam-se regras para impedir o comprometimento desproporcional dos recursos públicos – que é outro objetivo da formação jurídica da parceria público-privada.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Carlos Ari SUNDFELD identificou dois objetivos da Lei de PPP: “[...] *tanto impedir que o administrador comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir.*”(Guia jurídico das parcerias público-privadas..., p. 23).

É impossível dissociar plenamente os objetivos jurídicos de uma correspondente função econômica. As salvaguardas jurídicas consistentes nas garantias especiais e na preservação dos recursos públicos refletem objetivos também econômicos, sempre relacionados ao patrimônio dos parceiros e à eficiência do negócio. A avaliação da viabilidade econômica da parceria público-privada flutua de acordo com a atratividade que os termos estipulados no contrato de parceria público-privada atribuírem ao negócio público. Diversos fatores contribuem para diminuir a atratividade do negócio e, com isso, restringir a afluência de empresas interessadas em assumir a condição de parceiro privado. São fatores econômicos que a formatação jurídica da parceria público-privada pode-se encarregar de contornar ou, quando menos, de mitigar quanto aos seus efeitos dispersivos do interesse privado.

Logo, em relação ao aspecto econômico da parceria público-privada, a Administração tenciona incrementar a eficiência, seja da própria máquina estatal (por meio do desafogo orçamentário), seja do serviço público prestado.

Não parece correto afirmar que a parceria público-privada tenha como objetivo primordial a evitação do endividamento público. Embora a capacidade de realizar um projeto sem contabilizar a dívida seja considerada como o objetivo da Administração na parceria público-privada, é preciso ter em conta que o serviço dessa dívida continua integrado de alguma forma à Administração (por meio da contraprestação adicional ao parceiro privado ou mesmo integral) ou aos utilizadores do serviço, por meio da tarifa. Na prática, a Administração tenderá a estabelecer as regras básicas da parceria público-privado de maneira a modelá-la para refletir os próprios objetivos políticos e financeiros, freqüentemente importando-lhe pouco o reflexo tarifário dessa modelagem – desde que as restrições de caixa da Administração sejam contornadas.

A utilização das concessões genericamente, incluída a parceria público-privada, como suprimento de caixa para a Administração tem sido, aliás,

distorção fundamental do sistema, apta a conduzir ao insucesso toda iniciativa de delegação concebida com essa motivação.¹⁴⁸

Além da eficiência gerencial, objetiva-se a eficiência financeira, consistente no ganho de *Value for Money*, que exprime a relação entre os custos globais tomados durante todo o tempo do projeto e os benefícios sócio-econômicos dele advindos, em comparação com o *Public Sector Comparator* (PSC).¹⁴⁹ Tal não implica necessariamente que o setor privado conseguirá financiar um projeto de parceria público-privada com custo menor do que aquele obtido pela Administração. Trata-se de uma falsa idéia, que não pode ser adotada preconceituosamente, mas sim como critério de decisão para a aplicação da parceria público-privada.

Em seguida, há o ganho de tempo para colocar em prática determinado projeto de infra-estrutura e de melhora no serviço público. Depois, sempre subsiste a hipótese de aumentar a inovação tecnológica, com o aproveitamento do conhecimento detido pelo setor privado e não dominado pela Administração.

§ 6. *Evolução da PPP na experiência estrangeira*

A ausência de quadro jurídico específico sobre parceria público-privada no direito comunitário conduziu a União Européia a promover avaliação, por meio de questionários de consulta contidos no Livro Verde respectivo, se o Tratado da União Européia e sua legislação derivada permitiriam, sem suplementação formal, a seleção do parceiro privado e a realização de parceria

¹⁴⁸ Pode-se estimar que essa é a origem da sugestão de Marçal JUSTEN FILHO de aprimoramento da Lei de PPP: “A quinta alteração indispensável é a consagração de que a vantagem a ser buscada residirá na redução dos encargos para os usuários e para os cofres públicos.” (*A PPP brasileira e as lições do passado...*, p. 22).

¹⁴⁹ “O PSC é definido como o melhor projecto que poderia ser realizado e financiado directamente pela Administração Pública – em ‘procurement’ tradicional – para efectuar, com todos os requisitos especificados, o provimento do serviço e atingir os mesmos objectivos que o projecto PPP/PFI.” (POMBEIRO, *As PPP/PFI...*, p. 116).

público-privada comunitárias.¹⁵⁰ O Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas descreve as práticas existentes à luz do direito comunitário, distinguindo como características da parceria público-privada “a duração da relação entre os parceiros” relativamente longa; “o modo de financiamento do projeto”, concebido por diversos agentes do setor privado e do público; “o papel ampliado do agente econômico”; e a mobilidade da “distribuição dos riscos entre o parceiro público e o parceiro privado”. Considera a parceria público-privada “uma forma de cooperação entre as autoridades públicas e os operadores econômicos” que visa a “financiar, construir, relocar ou explorar uma infraestrutura ou o fornecimento de um serviço”, que denomina *serviço de interesse geral (SIG)*, cujo “desenvolvimento inscreve-se na evolução do papel do Estado na esfera econômica. Um Estado que passou do papel de operador direto para o de organizador, regulador e de fiscalizador”.¹⁵¹

Paralelamente à elaboração comunitária, alguns modelos nacionais permitem averiguar aspectos do desenvolvimento que a parceria público-privada atingiu na Europa.

No último quartel do Século XX desenvolveu-se no Reino Unido acirrada discussão sobre a medida e intensidade adequadas da política intervencionista do Estado no campo do desenvolvimento econômico. O pensamento político no país, dominado ao longo dos anos 1980 pela doutrina de não-intervencionismo radical, evoluiu para forma abrandada de atuação do Estado no domínio econômico, caracterizada pela postura “ativista” e seguida de ampla alienação de ativos estatais. A defesa dessa denominada “terceira via”¹⁵²

¹⁵⁰ A partir dos paradigmas de liberdade de estabelecimento (art. 43) e de livre prestação de serviços (art. 49) contidos no Tratado da União Européia, o Livro Verde sobre PPP admite como princípios necessários à parceria público-privada a transparência, a igualdade de tratamento, a proporcionalidade e o reconhecimento mútuo.

¹⁵¹ Disponível em <http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l22012.htm>. Acesso em 03.01.2005.

¹⁵² A expressão é coerente com o panorama da política inglesa no período de instituição da parceria público-privada no país. Nos anos 1990, o Partido Trabalhista inglês cunhou a expressão “terceira via” para destacar seu distanciamento ideológico com o programa de

assume, por um lado, que políticas francamente intervencionistas contribuíram para frustrar o alcance de metas de desenvolvimento econômico. Por outro lado, o “*ativismo*” inglês apontou para o papel do Estado como gerador de facilidades aos agentes privados de desenvolvimento, sem que isso implicasse em impacto fiscal, mas que proviesse de atuação de conteúdo administrativo.¹⁵³ Na prática, a *terceira via*¹⁵⁴ (ou Novo Trabalhismo) instituída pelo primeiro-ministro Tony Blair praticou uma política econômica ortodoxa e alinhada com princípios concebidos pelo governo anterior ao inaugurar uma intensa temporada de contratação de PPP/PFI.

A *Private Finance Initiative* (PFI) tornou-se um dos principais instrumentos do governo britânico para oferecer serviços públicos eficientes, baseada em um valor efetivo em contrapartida a um custo calibrado pelo *Value for Money*. Por meio da PFI foi possível obter vantagens do setor privado submetido à concorrência, inovação na concepção e exploração dos equipamentos sobre uma base contratual de longo prazo. Os três principais

privatizações promovido por sucessivos governos conservadores. A expressão inspirava a rejeição identicamente da intervenção acentuada, como a detenção dos meios de produção pelo Estado, assim firmando opção pelo formato de Estado gerencial, em oposição ao Estado patrimonial.

¹⁵³ Houve expressa menção de Robert J. BENNET aos exemplos de “*liberação de espaços, superação de obstáculos ao desenvolvimento*”. (O desenvolvimento econômico local : teoria e prática no caso da Grã-Bretanha. In: LODOVICI; BERNAREGGI. *Parceria público-privado...*, v. 2 : experiências em confronto, São Paulo : Summus, 1993, p. 73)

¹⁵⁴ Ao proclamar que “*A terceira via não existe*” (*As ideologias e o poder em crise*, ob. cit., pp. 141-174) Norberto BOBBIO lançou a Itália em um acalorado debate público que rendeu, conforme sua descrição, 400 páginas de recortes de jornais reunidos por sua assessoria no Senado entre 1º e 17 de setembro de 1978. Acabou por tornar estéril a discussão com sua separação rígida entre os conceitos de “via” e “meta”: admitia como “*possíveis tantas metas quantos projetos políticos que podem nascer numa sociedade pluralista*”, mas restringia para toda e qualquer corrente política a adoção de uma dentre apenas duas vias possíveis, a ditatorial e a democrática. Por esse ângulo, a denominação anunciada como novidade ideológica pelos trabalhistas ingleses (a Nova Esquerda) revelou-se uma repetição inadequada da imprecisão anunciada quase vinte anos antes.

objetos de contratos de PFI¹⁵⁵ são (i) serviços prestados ao próprio setor público, remunerados no específico momento da prestação do serviço e após confirmação do alcance do nível de qualidade pré-ajustado; (ii) construção de obra combinada com prestação de serviço público, por meio de operações denominadas DBFO (*design, build, finance and operate* – concepção, construção financiamento e operação-exploração), em que o prestador privado amortiza o investimento e se remunera pela exploração do serviço mediante cobrança de tarifa; e (iii) as modalidades de contratos cuja remuneração para o operador privado é subvencionada pelo Poder Público, diante da insuficiência ou inviabilidade do custeio do serviço exclusivamente pelos usuários.¹⁵⁶ Nesse último caso, busca-se que a subvenção pública produza em contrapartida a ampliação da eficiência e de produtividade.

Por decorrência do programa de PFI, o Estado britânico transformou-se de operador de equipamentos em tomador de serviços perante o setor privado. Este se tornou fornecedor de obras e serviços a longo prazo, não mais apenas como construtor do equipamento – situação que permite o planejamento de modo a combinar todas as etapas de operações DBFO, para a fornecer eficientemente os serviços requisitados pelo setor público.

Na França, o conceito de empreendimentos sob o molde de parcerias público-privadas é antigo,¹⁵⁷ remontando a mais de cem anos sob a

¹⁵⁵ Conforme notícia de LIGNIÈRES, *Partenariats publics prives...*, p. 13.

¹⁵⁶ A primeira modalidade aparenta-se da concessão administrativa prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079; apenas a descrição da segunda hipótese não diferencia a espécie de PFI de uma concessão comum tutelada pela Lei nº 8.987; a terceira se assemelha com a concessão patrocinada estipulada pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079.

¹⁵⁷ Os primeiros contratos de concessão franceses foram celebrados para o financiamento e construção do *Canal de Briare* em 1638 e do Canal Mediterrâneo-Atlântico (*Canal du Midi*) em 1666. Há dois exemplos de concessões famosas que sucumbiram à conjuntura política. As concessões de água (o primeiro exemplo) remontam a 1782, quando os irmãos Perrier receberam a primeira concessão para explorar um sistema de distribuição para algumas regiões de Paris – concessão que foi revogada pela Revolução de 1789. O segundo exemplo envolve a construção de infra-estrutura conjugada com a sua operação, consistente na

forma de *sociétés d'économie mixtes* e de *concessions*, sendo que o sistema de concessões permanece como modo preferencial e generalizadamente aceito de construção e gerenciamento de serviços públicos e infra-estrutura. No entanto, é recorrente na França a aproximação da PFI com os contratos denominados METP (*marché d'entreprise de travaux publics*), traduzível como *contrato de empreendimento de obras públicas*, cujas duas características primordiais são a prestação de serviço público e a remuneração a cargo da Administração.¹⁵⁸ Embora sejam contratos aproximáveis, o METP possui objeto mais restrito do que a PFI; não admite algumas espécies de delegação permitidas na PFI (como hospitais ou, parcialmente, vigilância de prisioneiros ou alunos); abrange sempre a exploração da infra-estrutura conjugadamente com o serviço público a ela relacionado.¹⁵⁹

O exemplo da cidade de Barcelona, de outra parte, não está centrado especificamente no regime da parceria público-privada, mas sim no equilíbrio das finanças estatais – que constitui foco central também da Lei brasileira de PPP. A estrutura de Administração daquela cidade precisou modificar-se para adquirir sustentabilidade fiscal e capacidade de investimento, fatores determinantes para o desenvolvimento econômico e especialmente para a celebração de parcerias público-privadas. O orçamento da cidade totalizava US\$

construção dos 160 quilômetros do Canal de Suez, concedida em 1854 pelo vice-rei turco do Egito a um grupo de empreendedores franceses, cuja exploração perdurou por 99 anos, desde o início da operação do canal até a nacionalização da companhia concessionária em 1956 pelo presidente egípcio Gamal Abdel Nasser. (GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Marvyn K. *Public private partnerships : the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*. Cheltenham-UK : Edward Elgar, 2004, p. 48).

¹⁵⁸ De acordo com a tradução e definição de Marçal JUSTEN FILHO formuladas a propósito do artigo de Philippe COSSALTER, A “*private finance initiative*” ..., p. 468.

¹⁵⁹ “Em conclusão, parece claramente que a PFI pode, segundo sua estrutura de financiamento, corresponder a qualquer uma das categorias do direito francês, e mesmo modificar-se no curso da execução. A análise deve fazer-se caso a caso. Em todas as hipóteses, assimilar a PFI à METP configura reducionismo.” (COSSALTER, A “*private finance initiative*” ..., p. 476).

740 milhões em 1980, ou 7% do seu PIB, sendo destinados insuficientes US\$ 80 milhões para investimentos. Havia déficit cumulativo de US\$ 600 milhões e previa-se necessidade de US\$ 800 milhões para prover a infra-estrutura mínima. À época, Barcelona atravessava séria crise econômica cuja origem conjugava o desprezo do poder central pela Catalunha durante 40 anos de regime ditatorial com o intenso êxodo rural que fez dobrar sua população apenas durante a década de 1960.

A reforma administrativa iniciada nos anos 1980 previu, além de rotinas de racionalização, uma política tarifária que disseminou entre a Sociedade o custeio de serviços antes inteiramente subvencionados. Como resultado, a subvenção municipal global para todos os órgãos públicos autônomos que praticavam tarifas estabilizou-se desde 1984 em 18% do orçamento global desses órgãos.¹⁶⁰ Paralelamente, a capacidade de endividamento foi monitorada para atingir o máximo de 25% permitido pela lei local. Havia historicamente ônus financeiro da ordem de 16%, o que se repetia em 1980, sendo que após encerrada a reforma administrativa, no início da década de 1990, esse índice aumentou para 25% – significando que a municipalidade não adotou postura omissa em relação aos recursos que lhe estavam disponíveis.¹⁶¹

¹⁶⁰ FOXA, Manuel de Forn I. Cooperação público-privada no planejamento estratégico da cidade de Barcelona. In: *Parceria público-privado...*, v. 2 : experiências em confronto, São Paulo : Summus, 1993, p. 81. Outra informação interessante é a identificação pelo doutrinador de um “*nível de cobertura politicamente aceito*” pela população para as subvenções tarifárias. Nos transportes, esse nível em Barcelona alcança 62% da tarifa, sendo que o peso do transporte público no conjunto das subvenções municipais atinge 64% do total.

¹⁶¹ O problema do aproveitamento da capacidade limite de endividamento consiste no risco de inadimplência pelo Estado, o que retira credibilidade da iniciativa oficial na seara econômica. A exequibilidade efetiva dos níveis de endividamento foi garantida pelo planejamento temporal com a criação de comitê de investimento e endividamento e a rigorosa observância de suas diretrizes (FOXA, *Cooperação público-privada no planejamento estratégico da cidade de Barcelona...*, p. 82).

Portugal adotou legislação específica para a sua parceria público-privada. O Decreto-Lei nº 86/2003, art. 2º, n. 1, promoveu definição ampla, entendendo “*por parceria público privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais as entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*”.¹⁶² A lei não descreve o objeto do contrato, mas sim arrola as modalidades contratuais que podem configurar parceria público-privada, isoladamente ou em conjunto.¹⁶³ A parceria público-privada portuguesa surgiu como regime jurídico que deu cobertura legal a prática financeira comum, consolidada em um project finance. Lá, como noutros países desenvolvidos, ocorreu processo inverso ao verificado no Brasil. Mesmo antes de existir lei sobre parceria público-privada, os recursos sobejantes da economia europeia e nela já residentes organizaram-se por intermédio dos instrumentos legais então conhecidos, cuja conjugação acabou por formar o regime jurídico sacramentado por lei específica. Ou seja, o fenômeno econômico exigiu não que o direito o instituísse, mas que acomodasse

¹⁶² A Câmara de Deputados brasileira inspirou-se nessa redação e alterou o conceito de parceria público-privada que constava do projeto enviado pelo Presidente da República, cujo *caput* estava assim: “Art. 2º. Para os fins desta Lei, considera-se contrato de parceria público-privada o ajuste celebrado entre a Administração pública e entidades privadas, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que haja aporte de recursos pelo parceiro privado, que responderá pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto, observadas as seguintes diretrizes [...]”

¹⁶³ “Não estamos perante a criação de qualquer novo tipo contratual, antes ficando claro que a PPP poderá consistir num contrato ou numa união de contratos.” (FERREIRA; REBELO. O novo regime jurídico..., p. 74).

a realidade consolidada. Por isso, houve naquele país quem considerasse até dispensável a legislação específica.¹⁶⁴

No Brasil, como será visto nas próximas Seções desta tese, optou-se por construir o instituto da parceria público-privada por meio de lei específica, muitas vezes agregando a elaboração doutrinária e jurisprudencial sobre instrumentos legais já disponíveis.

A parceria público-privada brasileira, em sentido estrito, está descrita no direito brasileiro pela Lei nº 11.079/2005¹⁶⁵ – todas as outras espécies estarão afetas à definição *lato sensu*. Essa solução, que contraria parte da técnica jurídica vigente em países desenvolvidos, teve como motivações mais significativas uma de cunho político e outra de conteúdo jurídico. Em primeiro lugar, a identificação restritiva da parceria público-privada por lei especial consistiu em sinalização ostensiva do governo brasileiro ao setor produtivo da existência de “*regras claras* (para utilizar bordão recorrentemente repetido pelos agentes envolvidos) a balizar os investimentos privados em infra-estrutura. Tencionou-se oferecer ao setor privado um ambiente favorável, instituído por formato peculiar, para que aquele vertesse em negócios públicos seus recursos em grande volume, conforme exigem os projetos de obras e serviços públicos

¹⁶⁴ Conforme Eduardo Paz FERREIRA e Marta REBELO, “*O legislador foi, de resto, claro na recusa da concepção das parcerias público-privadas como qualquer nova forma de contrato, limitando-se a regular aspectos procedimentais das PPP e tendo, ainda assim, o cuidado de precisar que o seu regime não afasta aquele que se aplicaria ao contrato ou contratos subjacentes*” (O novo regime jurídico..., p. 63).

¹⁶⁵ O art. 2º da Lei 11.079/2005 define a parceria público-privada como “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, constando do §1º que a concessão patrocinada “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95 quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” e do §2º que concessão administrativa “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. O §3º exclui da definição de parceria público-privada a concessão comum, conceituando-a como aquela da Lei nº 8.987/95 que não envolva contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.

qualificados pela ampla repercussão sócio-econômica das utilidades que representam e prestados por longo prazo de duração. Em segundo lugar, a experiência da aplicação prática do regramento jurídico existente para a concessão de serviços públicos tornou-se claramente insuficiente para o sucesso de projetos especiais de infra-estrutura e de prestação de serviços públicos, além de adotar modalidades de garantia disponíveis para o retorno do investimento compatíveis com os riscos políticos cuja superveniência se confirmou.

§ 7. *O project finance*

O consenso possível de extrair da experiência européia, pela qual o instituto recebeu sua configuração mais elaborada, é que a parceria público-privada não é somente disciplina jurídica. É um tema prático: trata-se de realizar projetos. Nesse panorama, perante a parceria público-privada o direito arrisca transformar-se em um mero “*legitimador a posteriori*”¹⁶⁶ de soluções encontradas pelos outros profissionais envolvidos, caso os juristas pretendam assumir um posto de detentores monopolistas da senha para um conhecimento altamente especializado.¹⁶⁷

O papel que o direito precisa desempenhar na parceria público-privada é o de *ciência da organização*¹⁶⁸ voltada a balizar o ponto de partida multidisciplinar que se convencionou denominar *project finance* – embora não seja apenas um financiamento de projeto, como a tradução literal induz. O

¹⁶⁶ LIGNIÈRES, *Partenariats...*, anteposta do autor.

¹⁶⁷ Eis uma impressão corrente na doutrina especializada: “*Os advogados envolvidos nas operações de ‘Project Finance’ assumem participação mais ampla do que apenas a discussão de questões puramente jurídicas. Por conta do reflexo nas negociações e de sua formalização por meio dos contratos, os advogados acabam participando das negociações de vários aspectos relacionados ao empreendimento, mas não necessariamente jurídicos. Os advogados assumem papel mais ativo nas negociações da operação, passando a ser mais do que conselheiros jurídicos, utilizando-se de sua experiência adquirida durante a negociação de operações similares.*” (BONOMI, Claudio Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil : fundamentos e estudos de casos*, São Paulo : Atlas, 2002, p. 82).

¹⁶⁸ Conforme a expressão de Jacques BARTHÉLEMY (L’ingénierie juridique : un concept. *La Gazzete du Palais*, [S. l.], 2003, p. 247).

project finance situa-se na gênese da parceria público-privada, por ser um marco primordial da sua viabilidade técnica e financeira. A instituição financiadora do projeto é a quem cabe decidir se o *project finance* é viável ou não. Essa viabilidade se demonstra pela capacidade de pagamento demonstrada por seu fluxo de rendimentos projetado¹⁶⁹.

O *project finance* constitui uma técnica de formatação da parceria público-privada *stricto sensu*. Cada projeto específico de parceria público-privada adapta-se ao financiamento sob medida concebido pelo *project finance*, que pondera a capacidade de endividamento e de assunção de riscos de cada qual dos parceiros para direcionar sua atribuição ao mais apto a exercer controle sobre esses encargos sem colocar em perigo o êxito da execução do projeto. É freqüente que a parceria público-privada seja confundida com seu elemento conformador, pois de ambos participam (ainda que como intervenientes) ambos os parceiros e a instituição financeira. A desfazer a confusão, a doutrina identifica ao menos três pontos distintivos entre a parceria público-privada e o *project finance*.¹⁷⁰ Em primeiro lugar, o *project finance* estabelece vínculo jurídico primário¹⁷¹ entre o parceiro privado e a instituição financeira, sendo que na parceria público-privada essa relação se forma entre a Administração e o

¹⁶⁹ “O *project finance* poderá definir-se como uma modalidade de financiamento garantido pelas receitas, activos e direitos de concessão de um projecto específico. Trata-se de uma estrutura de financiamento baseada na atractividade de um dado projecto, e não na análise de crédito da entidade privada, como sucede no corporate finance. Na base da decisão de financiamento de um *project finance* está, então, a capacidade do projecto em gerar recursos que garantam o pagamento e remuneração do capital investido.” (FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. *O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal*. In: Revista de Direito Público da Economia, n. 4, Belo Horizonte : Fórum, out-dez 2003, pp. 67).

¹⁷⁰ Essas noções foram identificadas por LIGNIÉRES, *Partenariats...*, p. 4.

¹⁷¹ A ressalva adquire relevância na medida em que se defende a formação de vínculo associativo entre todas as pessoas participantes da parceria público-privada, de modo que cada qual assume responsabilidade obrigacional perante as demais, inclusive a instituição financeira.

operador privado. Em segundo lugar, o *project finance* possui aplicação também na esfera exclusivamente privada, em projetos para os quais a Administração não concorre. Ao inverso, na parceria público-privada *lato sensu* pode-se eventualmente dispensar a elaboração prévia de um *project finance*; é possível a hipótese de o *project finance* ser até dispensável para a atividade do Estado que se destine a encorajar a consecução de determinada atividade econômica. Em terceiro lugar, o *project finance* consiste em uma das possíveis técnicas de formatar o financiamento da parceria público-privada.

A formatação promovida pelo *project finance* não apenas estima e distribui riscos como também delimita a sustentabilidade financeira desse projeto, fundada no fluxo de recursos do empreendimento. Quanto à origem dos recursos garantidores do projeto, o *project finance* da parceria público-privada classifica-se como *non-recourse* – modalidade pela qual o fluxo de caixa é projetado exclusivamente a partir da remuneração percebida pelo parceiro privado, sem a prestação de garantias pelos seus acionistas.¹⁷² No caso da parceria público-privada, os acionistas do parceiro privado estão dispensados de prestar garantia aos demais credores, pois esta se consolida na forma e condições estipuladas pela Lei de PPP (art. 5º, inc. VIII). Outras duas espécies de *project finance*, conforme o critério da origem dos recursos que garantem o empreendimento, são o *full-resource* e o *limited resource*: o primeiro desconsidera a capacidade de geração suficiente de recursos pelo projeto mesmo, pois os acionistas do parceiro privado prestam as garantias convencionais (como fiança, caução, hipoteca, penhor) que isoladamente asseguram o cumprimento da integralidade das obrigações financeiras geradas no empreendimento; o segundo

¹⁷² “O pagamento do financiamento baseado unicamente nos recursos gerados pelo empreendimento, ou seja, tendo como garantia unicamente o fluxo de recursos do empreendimento, caracteriza a estrutura de ‘Project Finance’ chamada de ‘non-recourse’, que não permite aos credores acessar o patrimônio dos acionistas e/ou dos ‘sponsors’ do empreendimento.” (BONOMI; MALVESSI, *Project finance no Brasil...*, p. 64). Antes do advento da parceria público-privada no Brasil, considerava-se que “A estrutura de ‘non-recourse’ é muito incomum, enquanto a estrutura com característica de ‘limited recourse’ é a mais encontrada em operações de ‘Project Finance’ no Brasil.” (ob. cit., p. 65).

promove uma conjugação entre as modalidades tradicionais de garantias pelos acionistas do parceiro privado e os recursos gerados pelo empreendimento.

É a partir desse dado técnico-financeiro¹⁷³ que se desenvolve também a estrutura jurídica da parceria público-privada. Entretanto, há mais elementos envolvidos na determinação da atratividade e da exeqüibilidade de projetos de parceria público-privada do que a exaustão das simulações técnico-financeiras expressadas pelo *project finance* e da consagração legislativa das normas já experimentadas.

¹⁷³ As exigências ambientais incluem-se como dado técnico balizador do *project finance*. Instituições financeiras que promovem operações de *project finance* em escala mundial estipularam para seus projetos, em junho de 2003, os Princípios do Equador, “*para adoção em projetos nos chamados ‘países emergentes’, em que as leis locais de preservação e licenciamento ambiental e regras sociais são consideradas ineficazes ou mesmo inexistentes, mas o conceito foi logo ampliado para utilização em qualquer financiamento de projeto com valor superior a US\$50 milhões, desde que as regras do país específico não crie padrões ainda mais altos do que os estabelecidos pelos Princípios do Equador.*” (NUNES, Pedro Augusto da Cruz. Os princípios do Equador em operações de *project finance*. Disponível em www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=8749. Acesso em 03.01.2005).

Seção 2 – O regime jurídico federal

§ 1. *Origem e evolução do direito projetado*

A introdução da parceria pública-privada no Brasil foi formalmente cogitada, pela primeira vez, em um boletim publicado em 2002 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão denominado *O desafio do planejamento governamental*, em que foi delineada a prestação de serviço público em sistema de colaboração entre os setores público e privado em molde mais estreito do que o proporcionado pela concessão tradicional de serviços públicos.

Logo no ano seguinte, o Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 122/2003, convertida na Lei nº 10.753/2003, que instituiu o *Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS*, destinado a sustentar o financiamento de projetos de infra-estrutura, nomeadamente de rodovias, portos, energia, saneamento, gás, telecomunicações, habitação, irrigação e drenagem, comércio e serviços. O art. 4º da Lei nº 10.753/2003, previu expressamente a participação dos setores público e privado na realização conjunta dessas tarefas, de modo a permitir o desenvolvimento urbano. O incentivo propriamente dito seria efetuado por intermédio da criação de dois fundos, denominados Fundo de Investimento Imobiliário e Fundo de Investimento em Direitos Creditórios.¹⁷⁴

Isoladamente, a renúncia de receita que caracteriza o incentivo estatal preconizado pelas regras do PIPS não podiam fomentar projetos especiais em equivalência às necessidades nacionais no setor. Uma carência fundamental da Lei nº 10.753/2003 foi a insuficiência de regulamentação da operação do serviço público conjugado com a instalação prevista da infra-estrutura, na exata medida da percepção generalizada da inadequação dos mecanismos já existentes na Lei de Concessões para sustentar o previsto incremento de infra-estrutura e provimento de serviços públicos em consonância com o estágio de desenvolvimento que o Brasil cogitava e ainda cogita alcançar.

¹⁷⁴ A Lei de PPP aproveitou as estipulações do PIPS ao autorizar a União, pelo art. 23, a conceder incentivo federal aos fundos de investimento derivados das parcerias público-privadas.

Em 19.11.2003, o Governo Federal enviou à Câmara de Deputados o projeto de lei das parcerias público-privadas, que tomou o número 2.546/2003. O projeto era composto de 15 artigos divididos em cinco capítulos: o primeiro discriminava em um artigo e parágrafo único o objeto e âmbito de aplicação, estendendo-a para os sujeitos da Administração direta e indireta; o segundo estabelecia em seis artigos o conceito, princípios, objeto, critérios, remuneração e garantias do contrato de parceria público-privada; o terceiro capítulo dispunha em três artigos as regras para licitação; o quarto capítulo estipulava as disposições gerais em três artigos que abordavam a criação de órgão gestor, sua competência, a previsão da forma de controle e as premissas genéricas da geração da despesa; o quinto capítulo continha dois artigos sobre as disposições finais: aplicação subsidiária da Lei de Licitações e a entrada em vigor na data da publicação.

A singeleza do projeto governamental chamou a atenção do Parlamento e da comunidade jurídica. Houve a intensificação do debate, que resultou em amplas alterações, tanto na Câmara quanto no Senado Federal, aonde o projeto chegou em 24.03.2004 e sofreu as alterações mais substanciais durante a tramitação do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 10/2004, que deu formato definitivo à Lei de PPP e recebeu o nº 11.079, tendo sido sancionada em 30.12.2004, com vetos.¹⁷⁵ A preocupação capital na elaboração da Lei foi promover um instrumento que estimulasse a internação de capital a longo prazo, sob forma de investimento em obras de infra-estrutura. Ao mesmo tempo, procurou-se maneira de preservar a utilidade da Lei de Concessões e da Lei de Licitações, pois a redação original do projeto alterava pouco do sistema de concessões então vigente, embora praticamente o inviabilizasse por se restringir a beneficiar os novos contratos de concessão e (ou) de obras com métodos mais vantajosos de remuneração e de garantias para o parceiro privado.

¹⁷⁵ Os vetos incidiram sobre o inciso II do art. 11, que permitia ao edital de concorrência prever que o contratado elaborasse os projetos executivos das obras, e sobre o § 3º do art. 28, que instituíra exceção ao *caput* (limitador da concessão de garantia em 1% da receita líquida do exercício) ao admitir que as empresas estatais não dependentes incluíssem a receita de vendas e serviços na base de cálculo daquele limitador percentual.

Corria-se o risco, com a redação original do projeto, de vulgarizar a aplicação indiscriminada da Lei de PPP a projetos mais adaptados à concessão comum (na denominação do art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.079) e assim condenar ao desinteresse da participação privada toda licitação para concessão de serviço público que não fosse promovida sob a égide da Lei de PPP. Por esse ângulo, ao invés de funcionar como estimulador de novos investimentos, o projeto do Governo quando muito mantinha inalterado o quadro de aportes em serviços públicos e infra-estrutura – com a desvantagem de assentar definitivamente condições mais onerosas para o Estado em qualquer novo contrato.

Não deixa de ser alentador que o Estado brasileiro tenha tomado a iniciativa de organizar a economia de maneira diferente da atualmente disposta e persistente nas últimas décadas, em que toda a estruturação da economia privilegiou a atividade de captação de capital eminentemente especulativo e volátil. Tem sido recorrente, no Brasil, que a atividade legiferante não seja meramente homologatória de engrenagens sócio-econômicas já em funcionamento. É freqüente, como ocorre na Lei nº 11.079, que no direito econômico sobressaia-se a função estimuladora de condutas não-obrigatórias, mas reputadas desejáveis pelo Estado. Como consequência sensível, cada vez mais a Sociedade brasileira, em seus diversos setores, alude à excelência da legislação nacional como das mais avançadas, ao mesmo tempo que destaca a inutilidade disso frente à generalizada impressão que o leigo nacional faz do sistema jurídico de seu país, composto de normas curiosamente divididas no imaginário popular – e, lamentavelmente, na prática cotidiana – entre as que “pegam” e as que “não pegam”.

A Lei de PPP é produto de um legítimo embate dialético. O projeto do Poder Executivo centrava-se em uma premissa de governo: conceber um marco jurídico preciso para incrementar novos investimentos privados em prestação de serviços públicos e construção de obras de infra-estrutura. Sua tarefa centrou-se nos termos que a lei deveria conter para conferir dinamismo ao setor privado – o que pode resultar em frustração até com relativa facilidade, já que não é esse o pressuposto do direito de parceria, mas sim “*o mais alto padrão de*

*lealdade e boa-fé de todos os parceiros, que devem cooperar para que ela dê a todos os interessados os maiores proveitos possíveis”.*¹⁷⁶

Embora sem abandonar a premissa da atividade promocional da Lei e da função distributiva do Estado, o Poder Legislativo não manteve a concepção original do projeto do Executivo. Ocorreram alterações relevantes em relação à identificação adequada das espécies de concessão configuradoras de parcerias público-privadas. Foram estabelecidos limites quantitativos para que os contratos fossem celebrados com base na Lei de PPP. Houve aprofundamento das regras sobre remuneração e garantias, assim como se estabeleceu com maior precisão a atuação da União, especialmente em face dos mecanismos abstratos e concretos de controle já existentes. Prevaleceu, enfim, a preocupação não apenas com o rigor técnico da Lei, bastante aprimorado em relação ao projeto remetido ao Congresso, mas especialmente quanto às delimitações relativas à identificação dos projetos suscetíveis de submissão ao regime de PPP e à conexão desse regime com as normas de responsabilidade fiscal predispostas em lei especial.

§ 2. As diretrizes da PPP

A Lei nº 11.079 foi assimilada pelo regime jurídico-administrativo brasileiro que estabelece em termos abrangentes o modo de delegação de serviços públicos por meio de contratos de concessão. Integra-se ao sistema normativo justificada por razões de política econômica e consiste em um regime especial aplicável a circunstâncias que não desfrutam originalmente de natureza jurídica excepcional em relação à espécie comum de concessão de serviço público.¹⁷⁷ Mesmo antes da edição da Lei de PPP, a conjugação da Lei nº 8.987

¹⁷⁶ WALD *et alii*, *O direito de parceria...*, p. 86. E continua: “Neste particular, os princípios gerais que se aplicam à parceria se aproximam do dever fiduciário (*fiduciary duty*), que encontramos no direito societário e no trust da prática norte-americana”.

¹⁷⁷ O raciocínio persegue formulação de Marçal JUSTEN FILHO, no seguinte sentido: “Defende-se que a concessão comporta uma pluralidade de configurações, o que impede inclusive aludir ‘a’ concessão, tal como se houvesse conceito único, determinado e padronizado para o instituto. Talvez se pudesse afirmar que a expressão indica um gênero, que contempla inúmeras espécies. A tentativa de produzir solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente

com a Lei nº 8.666 e com a Lei Complementar nº 101/2000, de Responsabilidade Fiscal, já conferiam genericamente boa parte dos delineamentos aptos a regular ao menos a concessão patrocinada, espécie de parceria público-privada concebida pela Lei nº 11.079 – embora sem as regras especiais sobre licitação e garantias.¹⁷⁸

Logo, a edição de lei especial sobre parcerias público-privadas se destinou a solucionar parcial vazio normativo, que atingia de modo especial a modalidade da concessão administrativa.¹⁷⁹ Sua utilidade será a segregação de situações de fato específicas, anteriormente submetidas à Lei de Concessões e à Lei de Licitações, para conferir-lhes regime próprio amparado em elementos periféricos à natureza jurídica da concessão de serviço público. Ou seja, o regramento especial que a Lei de PPP atribui, por exemplo, à escolha do projeto, ao processo de seleção, às modalidades de remuneração e às garantias da contraprestação da Administração são insuficientes para desnaturar a PPP como espécie de concessão – a não ser quando, na concessão administrativa, houver prestação de serviço “não-público”.¹⁸⁰

Defende-se neste estudo, face a essa origem institucional comum, que os princípios (gerais, explícitos e implícitos) relacionados às concessões e ao

negativos.” (As diversas configurações da concessão de serviço público, In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, Belo Horizonte : Fórum, jan/mar 2003, p. 97).

¹⁷⁸ “O que se propunha como desafio não era criar o conceito de PPP (em sentido amplo) ou dar contornos normativos a um tema esquecido. A questão era bem mais simples: complementar a legislação para viabilizar contratos específicos que, embora interessantes para a Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa, ou por proibição legal.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, *Parcerias público-privadas...*, p. 20-21).

¹⁷⁹ Para Vera MONTEIRO, a Lei de PPP “*Supre lacunas da legislação atual, complementando as normas federais já existentes sobre contratos com a Administração, regulamentando o subsídio federal e autorizando a contratação de serviços por prazo superior a cinco anos.*” (Legislação de parceria público-privada no Brasil : aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 94).

¹⁸⁰ Serviço em sentido “*natural*”, na acepção adotada por Celso Antônio Bandeira de MELLO (*Curso...*, p. 633).

próprio serviço público no direito brasileiro aplicam-se identicamente às parcerias público-privadas.¹⁸¹ Se, por um lado, não é possível compreender a parceria público-privada isoladamente do restante do conjunto sistemático por ela integrado, por outro, deve-se reconhecer que o tão-só compartilhamento não esgota a estrutura principiológica da parceria público-privada. A investigação dos *princípios* que se integram na parceria público-privada demanda referência à classificação das normas jurídicas elaborada pela doutrina, especialmente em virtude do arrolamento das “*diretrizes*” que o art. 4º da Lei de PPP ordena que sejam observadas quando da contratação das parcerias público-privadas.

Existe aceitação generalizada da classificação das normas jurídicas como *regras* e como *princípios*.¹⁸² Múltiplos aspectos diferenciam as duas categorias; pode-se afirmar como traço distintivo primordial o *modo de operação* de cada qual.¹⁸³ A regra encerra um dispositivo que estipula uma relação direta

¹⁸¹ O presente estudo se absterá da abordagem ampliada acerca dos princípios do direito administrativo, dos serviços públicos e das concessões, por não comporem o objeto imediato do presente estudo e demandarem uma monografia exclusiva para análise dessa abrangência. Restringe-se, portanto, à referência remissiva a cada qual deles, quando houver pertinência específica e restrita a cada tema tratado ao longo deste trabalho.

¹⁸² Paulo Ricardo SCHIER situou a distinção entre regras e princípios conforme a abordagem dogmática positivista – na qual os princípios são aplicáveis subsidiariamente quando ausentes outros parâmetros dogmáticos (lei, costume, analogia, equidade) de integração do sistema – e um enfoque pós-positivista amparado em DWORKIN, em que se adota como critério de distinção “*o da densidade normativa, que decorre diretamente do funcional*”, submetendo as regras à lógica do “tudo ou nada” e os princípios à ponderação do peso, qualidade e importância de uns em relação aos outros. (*Direito constitucional* : anotações nucleares, Curitiba : Juruá, 2001, p. 105. 107).

¹⁸³ A distinção recebeu a abordagem de Marçal JUSTEN FILHO sob o ângulo *funcional* de cada qual: “*Reserva-se ao princípio a função de controle da produção e aplicação das regras, as quais recebem prestígio autônomo para a disciplina das questões concretas.*” (*Curso...*, p. 67).

de causa e efeito conforme a superveniência ou não do fato descrito;¹⁸⁴ o princípio é “*mandamento nuclear de um sistema*”¹⁸⁵, contém um preceito de dimensão ampliada que orienta o sentido e confere racionalidade a outras normas.¹⁸⁶

A diretriz desfruta de relativa autonomia conceitual em relação à regra e ao princípio. Sua natureza jurídica situa-se na esfera dos *standards*, tal como referido por Ronald DWORKIN, traduzidos como *pautas* por Eros GRAU. É norma que não opera como regra e (apenas) aparenta-se ao princípio porque ambas são espécies de pautas. O vocábulo utilizado por DWORKIN para denominar a diretriz é “*policy*”, que possui denotação aproximadamente identificável como “*política pública*”; como um instrumental de governo para o alcance de determinado resultado desejável para a comunidade.¹⁸⁷ A diretriz se

¹⁸⁴ Cesar A. Guimarães PEREIRA recorreu à classificação produzida por Ronald DWORKIN: “*Aponta que as regras, ao contrário dos princípios, funcionam em forma de tudo-ou-nada: diante da ocorrência do fato descrito na norma, se a norma for válida e vigente, desencadeiam-se os seus efeitos jurídicos, que serão aceitos ou rejeitados (neste caso, com o descumprimento da norma). Ou tais efeitos são aceitos ou rejeitados, a rejeição dos efeitos corresponde ao descumprimento da norma.*” (Elisão tributária e função administrativa, São Paulo : Dialética, 2001, p. 138).

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 841.

¹⁸⁶ “*Relembre-se que os princípios são dotados de alto grau de abstração e generalidade, tendo sua incidência ilimitada. São, por isso, ponderáveis e relacionáveis entre si numa dimensão de peso, de importância – dimension of weight. Distinguem-se das regras porquanto essas são limitadas quanto à sua incidência; sua inter-relação se dá no âmbito da ‘validade’. Explicável, assim, a distinção de tratamento que existe a partir do conflito de regras e do conflito entre princípios.*” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 229).

¹⁸⁷ Eros GRAU demonstrou a proximidade entre a *diretriz* e a sua identificação de *norma-objetivo*: “*A proximidade entre as diretrizes e as normas-objetivo é, desde logo, evidente. [...] Uma segunda pauta decorre da importância das normas-objetivo, que surgem definidamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo.*” (A ordem econômica..., p. 137, 146).

ampara em duas idéias funcionais: a *finalidade de governo* e a *conveniência econômica, política ou social*.¹⁸⁸ O princípio, por sua vez, é neutro em relação ao objetivo perseguido pelo governo e insubordinável à conjuntura histórica; ao contrário, é o princípio que discrimina a matriz estruturante sobre a qual se assenta todo o sistema normativo – nomeadamente o Estado, se for compreendido como norma. A identificação da diretriz como a consagração positiva de um *fim* denota um antagonismo, inclusive semântico, com o *princípio*. Em suma, princípio é estrutura; diretriz é função.

Adota-se neste estudo que, ao inverso do princípio, a diretriz não adquire eficácia senão mediante declaração positivada.¹⁸⁹ É que a delimitação da finalidade de governo admite unicamente revelação explícita,¹⁹⁰ inclusive sob o

¹⁸⁸ Diferentemente do *princípio*, cujas pautas “*devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais, mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral*” (GRAU, *A ordem econômica...*, p. 137).

¹⁸⁹ Em sentido diverso, Luiz Alberto BLANCHET defendeu a dispensabilidade plena do rol expresso do art. 4º, embora sem diferenciar diretriz de princípio: “*Em primeiro lugar, não são estas as únicas diretrizes a serem observadas na contratação das parcerias público-privada. Em segundo lugar, nem precisaria dizer que eficiência, respeito a interesses e direitos (aliás, de quem quer que seja), a responsabilidade fiscal, transparência, para citar apenas alguns dos diversos aspectos arrolados pelo texto, são de observância obrigatória quando da contratação de parcerias público-privadas. Ademais, não apenas na contratação, mas também durante a execução do contrato, estes e outros princípios e condicionamentos devem ser respeitados.*” (*Parcerias público-privadas*, Curitiba : Juruá, 2005, p. 27-28).

¹⁹⁰ Em confirmação dessa idéia: “*Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo. A contemplação, no sistema jurídico, de normas-objetivo, importa a introdução, na sua ‘positividade’, de fins aos quais ele, o sistema, está voltado.*” (GRAU, *A ordem econômica...*, p. 146).

postulado da transparência.¹⁹¹ Apesar de exercer também função pedagógica, somente a positivação normativa de uma diretriz – ainda que sua revelação emane de um princípio subjacente – restringe a interpretação do texto legal de modo que a solução alcançada seja compatível com uma finalidade eleita pelo governo como conveniente, algo de que o princípio está dispensado por não refletir um juízo concreto de conveniência. Trata-se de retirar da seara política e econômica um determinado objetivo de governo e relocá-lo no âmbito jurídico.

Não será impossível, no entanto, que determinado princípio surja também como diretriz, em diversa localização normativa e com diferente redação que a distinga como tal.¹⁹² Tal ocorre em profusão no art. 4º da Lei de PPP – e não apenas nesse compartimento normativo. Ressalte-se que não se afirma a exaustividade do rol do art. 4º; nada impede que outras normas-objetivo estejam dispersas ao longo da Lei de PPP, porque a denominação literal da norma como *diretriz* não restringe a sua identificação categórica quando estiver presente no texto da lei sem essa designação. De todo modo, a eficiência (inc. I), a preservação dos interesses privados envolvidos (inc. II), a indelegabilidade de funções estatais (inc. III), a responsabilidade fiscal (em dois momentos, na celebração e na execução – inc. IV), a transparência (inc. V), a partilha objetiva dos riscos (inc. VI) e a sustentabilidade e vantagens socioeconômicas do projeto (inc. VII) são as diretrizes agrupadas no art. 4º da Lei nº 11.079 que devem pautar o contrato de PPP e que não apenas receberam a denominação específica dessa categoria principiológica, como seu conteúdo é compatível com a conceituação abstrata da norma-objetivo. Alguns aspectos contidos na identificação dessas diretrizes merecem abordagem específica.

¹⁹¹ O princípio da transparência dos atos da Administração inclui-se também como diretriz do contrato de parceria público-privada.

¹⁹² Eros GRAU ofereceu exemplo desse fenômeno: “A propósito, aqui, já na primeira visualização do texto verificamos que a dignidade da pessoa humana comparece, no art. 1º, III, como princípio e, no art. 170, caput, como diretriz (‘assegurar a todos existência digna’).” (*A ordem econômica...*, p. 140).

A diretriz da eficiência (art. 4º, inc. I) indica a busca do melhor resultado, consistente no “*cumprimento das missões de Estado*” mediante o desembolso ponderado dos “*recursos da sociedade*”. A localização da eficiência como diretriz inaugural da PPP é sintomática do fundamento dúplice que ordena a instituição da PPP: a satisfação das necessidades coletivas por serviços públicos mediante o aproveitamento ótimo dos recursos disponíveis – o que contrapõe o recurso público contingenciado e o recurso privado à procura de oportunidade premiada pelo lucro. É oportuna a menção à Sociedade como titular desses recursos, geridos pelos particulares ou pelo Estado, este por sua vez titular do dever de cumprimento de tarefas que aproveitam à comunidade. Essa disposição de conceitos está em sintonia com o enfoque pelo qual a Sociedade assume papel fundamental de sujeito perante a Administração Pública.

O respeito aos interesses e direitos dos destinatários (o que abrange tanto os usuários quanto os beneficiários – ou seja, toda a Sociedade) e dos entes privados incumbidos da execução (art. 4º, inc. II) pressupõe a eventual contraposição aos direitos e interesses do Estado não somente na oportunidade da contratação, mas especialmente durante a execução dele.¹⁹³ A conciliação entre esses antagonismos internos à parceria público-privada realiza-se por intermédio do denominado *princípio da associação*, derivado diretamente do princípio da proporcionalidade. O princípio da associação funciona como um agente de integração entre o subsistema normativo que forma a concessão e o supersistema do direito administrativo – e assim se passa identicamente no subsistema da parceria público-privada.¹⁹⁴ Tal como ocorre com o instituto da concessão (e

¹⁹³ Atribui-se interpretação ampliada ao vocábulo *contratação* empregado pelo *caput* do art. 4º para que a observância das diretrizes não se resuma ao momento da *celebração* da parceria público-privada, mas se estenda durante todo o período de *cumprimento* dele. É adequada a advertência de Luiz Alberto BLANCHET nesse mesmo sentido (*Parcerias público-privadas...*, p. 28).

¹⁹⁴ A própria noção de *sistema*, tal como formulada por Geraldo ATALIBA, oferece um enfoque conectado ao modelo da associação entre os princípios. Segundo o doutrinador, o sistema permite o “*reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob*

porque dele derivada), a parceria público-privada sujeita-se a regime de grande complexidade, no qual os sujeitos envolvidos são titulares de direitos e deveres cuja conformação foi estabelecida por normas (incluindo princípios como o da supremacia do interesse público) anteriores à contratação da PPP e cujo enfoque isolado impede a apreensão da conformação desses direitos e obrigações internamente à parceria público-privada. Por isso, a perspectiva de satisfação de interesses configurados externa e previamente à parceria público-privada adquire nova conformação, por incidência do princípio da associação, quando as partes se organizam sob alguma das modalidades estipuladas na Lei de PPP.¹⁹⁵

Dentre as funções indelegáveis, porque integrantes do conjunto de poderes da soberania estatal,¹⁹⁶ o inc. III do art. 4º incluiu o poder de polícia.¹⁹⁷

*perspectiva unitária, se denomina sistema. Os elementos de um sistema não constituem o todo, com sua soma, com suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros.” (Sistema constitucional tributário brasileiro, São Paulo : RT, 1966, p. 4). Essa idéia de ordenação e unidade como características do sistema jurídico foi ressaltada por Paulo Ricardo SCHIER, que acrescentou a abertura (conforme proposição de Claus-Wilhelm CANARIS) como outro elemento do sistema, conferindo-lhe a dinâmica da permanente evolução, construção, diálogo e atualização. (SCHIER, *Direito constitucional...*, p. 74).*

¹⁹⁵ A formulação se ampara na compreensão de Marçal JUSTEN FILHO acerca do *ordenamento setorial da concessão*, com aplicação do princípio da associação, que produz uma síntese capaz de promover a *composição harmônica de interesses públicos e privados*: “Todas as competências do poder concedente têm de ser exercitadas de molde a preservar a essência dos princípios que norteiam o regime jurídico da propriedade privada e da satisfação das necessidades essenciais. Idêntica consideração pode fazer-se a propósito dos demais princípios. Daí extrair-se que, consumada a concessão, os diversos princípios nela integrados sofrem inovação que não equivale propriamente a uma redução. Há uma redução, mas também há extensão.” (*Teoria geral das concessões...*, p. 290).

¹⁹⁶ Essas funções integram a categoria onde se situam a “*core function*” do direito britânico e a “*puissance publique*” do direito francês (COSSALTER, A “*private finance initiative*”..., p. 456).

¹⁹⁷ A Lei de PPP abarca tanto o poder de polícia em sentido amplo quanto em sentido estrito, que corresponde à *polícia administrativa*: “A expressão, tomada neste sentido amplo,

Dentre as modalidades de exteriorização do poder de polícia (privativas do Estado, portanto) estão a fixação de tarifas e a manutenção da ordem pública que permita a prestação mesma do serviço público. Contudo, é inerente ao serviço público – submetido ao regime de direito público – a adoção de providências típicas da atividade estatal aptas a garantir a continuidade e obrigatoriedade da sua prestação, o que implica em restringir a margem de liberdade dos particulares, inclusive em relação à fruição da propriedade.

Existe profusa doutrina analisando a relação entre serviço público e poder de polícia, indicando-se pontos de fuga e também de contato.¹⁹⁸ Uma condensação disseminada cerca da distinção é reputar o poder de polícia como prescrição, enquanto que o serviço público é prestação.¹⁹⁹ Sobressai no poder de polícia, portanto, a limitação da autonomia privada; no serviço público, a tônica recai sobre a promoção de necessidades fundamentais.²⁰⁰ Ambos, todavia,

abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.” (Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso...*, p. 718). Em sentido estrito, corresponde apenas às intervenções concretas e abstratas do Executivo destinadas a restringir o exercício da autonomia privada.

¹⁹⁸ A distinção entre os institutos foi desvendada por Agustín GORDILLO nos seguintes termos: *“Serviço público é em todo caso uma atividade monopólica de um concessionário ou licenciário particular ou privado que exerce um privilégio outorgado pelo Estado; poder de polícia, uma faculdade ou atribuição do Estado, que entre outras coisas se supõe que limita e controla esse poder monopólico que concedeu.”* (*Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. V-6).

¹⁹⁹ VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*, t. 2, 12ª ed., Paris : Presses Universitaires de France, 1992, p. 684.

²⁰⁰ A compreensão de Santi ROMANO sobre as características distintivas do serviço público e do poder de polícia foi destacada por Celso Antônio Bandeira de MELLO: enquanto aquele supre diretamente uma necessidade fundamental, este a obtém por via oblíqua, mediante uma abstenção do particular. (*apud Curso...*, p. 726-727).

compartilham o idêntico caráter instrumental de promoção do mesmo valor: a realização do princípio da dignidade da pessoa.²⁰¹

Mas não é acertado distinguir o serviço público e o poder de polícia pela delegabilidade daquele e indelegabilidade deste. A inviabilidade mesmo temporária da delegação do poder de polícia é efeito da detenção exclusiva pelo Estado do poder de coerção jurídica.²⁰² A delegação do serviço público ao concessionário envolve a transferência de competência para a prática de atos materiais que permitam a fiscalização de deveres, nada relacionado à competência normativa e de coerção física.²⁰³ Seguramente que haverá, por outro

²⁰¹ A negação da utilidade do instituto do poder de polícia por Agustín GORDILLO se pautou pela própria experiência, sempre invocada ao longo do *Tratado*, do poder de polícia como legitimador preferencial do arbítrio exercido pelo regime ditatorial argentino: “*Não existe hoje em dia uma ‘noção’ autônoma e suficiente de ‘poder de polícia’; não existe porque essa função se distribuiu amplamente dentro de toda a atividade estatal. [...] A ‘noção’ de ‘poder de polícia’, pois, é desnecessária, e ademais prejudicial porque dá lugar a uma série de dificuldades para sua compreensão e aplicação, precisamente por sua própria ambigüidade ou indefinição. [...] a ordem jurídica não confere à administração nenhum ‘poder de polícia’ genérico e indeterminado que a autorize a atuar na ausência da lei. [...] Aí reside talvez o valor fundamental da eliminação que efetuamos: em evitar o emprego oculto de critérios políticos ou sociológicos autoritários para convalidar atuações administrativas à margem da lei e em infração aos direitos individuais.*” (*Tratado...*, p. V-17, V-22, V-31, V-33). O problema tende a solucionar-se sem a rejeição absoluta do instituto, ao menos no plano teórico, pela subordinação do exercício do poder de polícia à realização de direitos fundamentais e da democracia, conforme a definição de Marçal JUSTEN FILHO: “*O poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.*” (*Curso...*, p. 385).

²⁰² JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões...*, p. 28. Conforme o doutrinador, a distinção entre os institutos, sob o prisma da delegabilidade, é apenas *quantitativa*: o poder de polícia congrega notadamente competências de cunho coercitivo estatal; o serviço público, ao contrário, reúne atividades desvinculadas dessa coerção estatal privativa.

²⁰³ Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA aludiu à formulação de Norberto BOBBIO acerca de um núcleo de identificação ontológica do Estado, que serve de parâmetro para discriminar as tarefas indelegáveis: “[...] (i) *o poder coercitivo (monopólio da força física)* [grifou-se],

lado, situação em que o desforço físico será inclusive necessário para fazer cessar a prática de ato ilícito penal, mas isso não é exteriorização de poder de polícia, mas sim de conduta admissível a qualquer cidadão (por exemplo, qualquer pessoa pode dar *voz de prisão* ao agente surpreendido durante a prática de flagrante-delito).

A diretriz da transparência dos procedimentos e das decisões (art 4º, inc. V) consolida-se como preceito que atribui coerência ao sistema da parceria público-privada. Mais do que isso, sua efetiva aplicação conferirá legitimidade sócio-política, que figura como atributivo de viabilidade prática da PPP em pé de igualdade com toda salvaguarda jurídico-formal.²⁰⁴

Embora a transparência desfrute de dignidade constitucional sob a expressão do princípio da publicidade (art. 37, *caput*; art. 5º, XXXIII; art. 216, § 2º), a sua inserção como norma-objetivo na Lei de PPP denota a transformação de uma hipótese muito mais aproximada da vedação (como a impossibilidade de a Administração praticar atos ocultadamente) em um dever de conduta concreta e positiva para todos os sujeitos da parceria público-privada. Não bastará, para forçar de transparência o comportamento e, especialmente, as decisões dos parceiros, que seja invocada certa presunção de publicidade somente porque determinada conduta não estava formalmente encoberta quando praticada. Para

(ii) *poder de impor tributos e (iii) poder jurisdicional (poder de julgar e decidir a razão e a sem razão; o justo e o injusto) como funções mínimas do Estado, ou seja, ‘funções sem as quais o Estado não será mais Estado’.* [...] *Sustenta que ‘todas as outras funções que o Estado moderno se tem atribuído, desde a função de providenciar o ensino até a função assistencial, caracterizam o Estado não enquanto tal, mas certo tipo de Estado’.*” (*Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada...*, p. 86).

²⁰⁴ Para Marçal JUSTEN FILHO, “o que se pretende é a abertura da atividade administrativa de contratação à participação popular, ao controle externo institucional e não institucional. É a transparência, que conduzirá à aprovação social da contratação e à ausência de iniciativas de órgãos de controle (Tribunais de Contas, Ministério Público, Partidos Políticos) a questionar a contratação perante o Poder Judiciário. Esse é o caminho para evitar liminares e outras providências judiciais de suspensão da eficácia da contratação.” (*A PPP brasileira e as lições do passado*. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 20).

alcançar o estado de legitimidade previsto pela diretriz da transparência será preciso que os parceiros permitam-se, ativa e positivamente, o debate prévio sobre a decisão pela prática de atos relativos à parceria público-privada, o acompanhamento desses atos e a razoável estimativa da conduta futura.

Logo, a transparência traduz-se em regra de conduta para os sujeitos da parceria público-privada: implica na negação do isolamento decisório e executivo sob a órbita privativa de cada parceiros e induz à permeabilidade das estratégias que cada qual tencione desenvolver no contrato. Isso não implica necessariamente em compartilhamento de competências, mas sim em integração dessas esferas competenciais em pelo menos três níveis de relacionamento. A primeira etapa em que atua a transparência consiste no acesso à informação sobre a estrutura, inclusive contratual, e o funcionamento da parceria público-privada. Não haverá pleno cumprimento da diretriz da transparência caso exista vedação a informação considerada, por fundamentação suficiente, como decisiva para o êxito da atividade a ser praticada por quem a solicitar. O segundo nível de implementação da diretriz da transparência envolve a participação efetiva de todos os sujeitos (tanto os parceiros público e privado quanto os usuários e financiadores) na concepção e no desenvolvimento da parceria público-privada. Essa esfera de concretização da transparência importa na capacidade de qualquer dos sujeitos adotar as providências originadas da informação obtida. Em terceiro lugar, a transparência firma-se como instrumento de controle objetivo do adimplemento pelos sujeitos da PPP. Tenciona-se que a transparência permita que os parceiros se certifiquem concretamente acerca do cumprimento alheio do dever de lealdade que permeia não apenas o contrato de parceria público-privada, mas todo o *iter* que a Lei de PPP estipula para o surgimento efetivo do projeto, desde a origem até o adimplemento das obrigações protraídas em longo prazo. Quanto a esse último aspecto, o art. 14, § 6º, da Lei de PPP, estipula conduta concreta para a Administração (especificamente para o órgão gestor de PPP federal) para que os relatórios submetidos ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União (art. 14, § 5º) sejam oferecidos à consulta pública – ressalvadas as informações sigilosas.

A informação submetida ao sigilo deve ser apurada restritivamente. Em princípio, toda informação relacionada à PPP estará disponível ao acesso público incondicionado. Pode-se considerar informação sigilosa aquela indispensável para a manutenção de segredo comercial e para a proteção da concorrência. Não há sigilo incidente sobre informações rotuladas como *interesse de Estado* – seja por poderem ser incoincidentes com o *interesse público*, seja porque a diretriz da transparência na PPP prevalece perante a teoria da supremacia do interesse público.

A repartição objetiva dos riscos entre as partes, a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parcerias público-privadas figuram como diretrizes do inc. VI e VII do art. 4º. São pautas de contratação que podem ser concretizadas por intermédio de instrumentos conhecidos na formulação britânica da *Private Finance Initiative* – *PFI*: o *project finance* (para a sustentabilidade financeira) e o *Value for Money* – *VfM* (para as vantagens socioeconômicas).

A apuração do *Value for Money* demonstra a relação entre a eficiência da prestação direta pelo Estado e a eficiência da prestação delegada do serviço. O *Value for Money* indica se é mais (ou menos) eficiente submeter um projeto ao sistema da parceria público-privada. Na medida em que as vantagens socioeconômicas estão alçadas à condição de norma-objetivo pela Lei de PPP, a parceria público-privada somente poderá ser celebrada na hipótese de ficar demonstrado, pela apuração do *Value for Money*, que a relação custo-benefício para concretizar determinado projeto mostra-se mais vantajosa mediante a celebração de parceria público-privada do que por meio de outro instrumento jurídico.

Já o *project finance* configura a estrutura financeira de um projeto, constituindo-o de acordo com a aptidão e tolerância do capital em assumir a parcela de risco compatível com o retorno desejado.²⁰⁵ Ou seja, a atribuição

²⁰⁵ O dimensionamento preciso do retorno do investimento é, juntamente com a distribuição dos riscos, uma apuração fundamental do *project finance*. O retorno desejado em um projeto de parceria público-privada é um *interesse* fundamental dos “*entes privados incumbidos de sua*

contratual dos riscos será precedida da elaboração do *project finance*, que os mensurará para então mitigá-los ou alocá-los em conformidade com as condições específicas dos parceiros e conscientemente assumidas por cada qual deles. Essa prévia estimativa configura o equilíbrio econômico-financeiro que será posteriormente consolidado no contrato de parceria público-privada. O *project finance* também delimita os parâmetros que conferirão sustentabilidade financeira ao projeto de parceria público-privada. Destaque-se que a diretriz promove a *auto-sustentabilidade* da parceria público-privada; ou seja, os recursos gerados pelo empreendimento (oriundos da cobrança de tarifas conjugada ou não, conforme a modalidade de contrato de PPP, com a contraprestação do parceiro público) deverão ser suficientes para garantir o cumprimento de todas as obrigações contratuais.

§ 3. O âmbito de aplicação da PPP

A eventual avaliação negativa para um empreendimento submetido às formulações do *Value for Money* e ao *project finance* não conduz necessariamente ao abandono da execução desse projeto. A insuficiência de elementos para que um projeto se concretize como PPP induz a que lhe resta a concessão comum ou a que o retorno econômico previsto pelo projeto ao prestador privado é insuficiente ou negativo. Nesse último caso, a PPP ainda não fica inteiramente descartada: a Lei de PPP destina-se em grande parte a suprir essas lacunas de serviço público adequado e infra-estrutura estratégica por meio de regime jurídico que amenize o fator de repulsa ao investimento, no exemplo

*execução”, tal como referido no art. 4º, inc. II. De nada adiantará o cálculo preciso da Taxa Interna de Retorno e do Valor Presente Líquido se não houver a suficiente criação de valor ao acionista: “Por exemplo, se assumirmos que uma TIR acima de 12% a.a. é um bom retorno para empreendimentos de geração de energia elétrica e ela não é atingida porque esquecemos que as taxas de juros reais de curto prazo são extremamente altas (fato comum em nosso país que causa enormes distorções nos fluxos de caixa), estaremos fazendo um trabalho muito árduo para obter um resultado inferior ao da aplicação em Caderneta de Poupança.” (BONOMI; MALVESSI, *Project finance no Brasil...*, p. 21).*

representado pela baixa expectativa do particular sobre a dimensão (e o adimplemento) do retorno privado.²⁰⁶

A Lei de PPP não fornece explícita e diretamente um conceito de parceria público-privada.²⁰⁷ A definição emerge do conjunto normativo produzido pelo Parlamento brasileiro com vistas a preservar, por contraste, o regime geral de concessões de serviços públicos pré-existente por instituição da Lei nº 8.987, de Concessões de Serviços Públicos. Por isso, ressalta da Lei de PPP a recorrência ao instituto da concessão, tal como concebida pela Lei nº 8.987. Assim ocorre no art. 2º da Lei de PPP, ao identificar a parceria público-privada como duas modalidades de *contrato administrativo de concessão*: a concessão *administrativa* e a concessão *patrocinada*.

Mas não bastará que um *project finance* se amolde perfeitamente a uma das espécies dos parágrafos 1º ou 2º do art. 2º da Lei de PPP para que seja

²⁰⁶ Cesar A. Guimarães PEREIRA apontou que o retorno privado negativo é elemento em favor da instituição da PPP: “Os serviços de limpeza urbana, por essa e por outras características, estão no campo próprio para o desenvolvimento de parcerias público-privadas – caracterizadas doutrinariamente e na Lei 11.079/2004 como adequadas para as situações em que o retorno social de um certo empreendimento de interesse público é positivo embora seu retorno privado seja negativo ou duvidoso.” (Financiamento dos serviços de limpeza urbana : campo adequado para as parcerias público-privadas. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.). *Parcerias público-privadas...*, p. 142).

²⁰⁷ Adote-se a definição doutrinária formulada por Marçal JUSTEN FILHO: “Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.” (Curso..., p. 549). Outra característica identificadora da parceria público-privada é a remuneração variável conforme o desempenho do parceiro privado. Esse desempenho se ampara em metas quantitativas e qualitativas, que podem ser vinculadas a resultados econômicos auferidos pelo parceiro privado (como o compartilhamento dos ganhos econômicos entre os parceiros, previsto no art. 5º, inc. IX, da Lei de PPP) ou também vinculadas à própria fruição do serviço (tal como definido no art. 6º, parágrafo único), nesse caso relacionado a metas de universalização.

admitido como apto a realizar-se por intermédio de um contrato de PPP. Os contornos especiais dos projetos de prestação de serviço público e de infraestrutura que o § 4º do art. 2º da Lei de PPP subordina ao seu regime especial caracterizam-se pela superlatividade: envolvem investimento em maior volume de recursos, com maior prazo de retorno e objeto de maior complexidade, o que sugere um aumento de impacto social e ambiental e submete o contrato respectivo a riscos ampliados. Passada uma década desde as privatizações brasileiras em larga escala e a conseqüente disseminação das concessões de serviços públicos a concessionárias privadas, a economia detectou a insuficiência do formato normativo tradicional (assim denominada a conjugação da Lei de Concessões com a Lei de Licitações) para tornar a iniciativa privada disposta a verter recursos em serviços públicos e infra-estrutura em volume, em velocidade e em locais reputados como necessários pela Administração.

A espécie tradicional de concessão é o modelo original de concessão previsto na Lei nº 8.987, cujo regime foi expressamente mantido pelo § 3º do art. 2º, denominando-o de *concessão comum*.²⁰⁸ Embora o traço distintivo que o § 3º do art. 2º estabeleceu entre a concessão comum e a PPP tenha sido a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, isso não significa que a Administração esteja impedida de efetuar pagamentos adicionais ao concessionário na concessão comum. Primeiro, porque há ocasiões em que a Administração possui o dever de fazer pagamentos ao concessionário, notadamente para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão comum. Segundo, por ser admissível que a Administração, mesmo na

²⁰⁸ Marçal JUSTEN FILHO rejeitou um modelo unificado, no direito estrangeiro e no nacional, para as concessões de serviço público, por reputar que tal significaria uma imprópria simplificação dos institutos que tende a ignorar a heterogeneidade de configurações da concessão e a complexidade do mundo real. Diante dessa ressalva, formulou conceito pelo qual “*concessão de serviço público é um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.*” (*Teoria geral das concessões...*, p. 96).

concessão comum regida pela Lei nº 8.987 e ainda antes da Lei de PPP, realize pagamentos adicionais e permanentes ao concessionário, com natureza sinalagmática e em periodicidade regular.²⁰⁹ Tal era viável mesmo antes do advento da Lei de PPP,²¹⁰ embora esse sistema estivesse descoberto das garantias especiais contra o inadimplemento do poder concedente, o que a Lei de PPP tendeu a solucionar com as estipulações do art. 8º.

De todo modo, o regime da parceria público-privada não pode ser aplicado a todo projeto de concessão, ainda que os contornos de seu objeto suplantem as condições restritivas previstas no art. 2º, § 4º, da Lei de PPP.²¹¹ Ou seja, a concessão permanecerá subordinada ao regime comum caso sua configuração não se amolde a uma das duas espécies de PPP identificadas no art. 3º – e ainda que seu valor, prazo e objeto sejam compatíveis com as condições estipuladas pela Lei de PPP.

§ 4. Concessão patrocinada

²⁰⁹ Trata-se da *contribuição pública parcial*, na hipótese de ausência de auto-sustentabilidade do empreendimento ou para prover as necessidades essenciais dos economicamente desvalidos. Marçal JUSTEN FILHO identificou duas exigências para que contrato com regra semelhante fosse reputado como concessão e não como prestação de serviço (por meio de contrato de gestão) – o custeio parcial da atividade pela Administração e a manutenção do risco do concessionário: “*Ressalte-se que o raciocínio não autoriza a pura e simples atribuição do nome concessão para uma contratação de prestação de serviços. Não haverá prestação de serviço e sim concessão quando a remuneração, ainda que custeada (parcialmente) pelos cofres públicos, for vinculada ao desempenho do concessionário – ou seja, quando não for eliminado o risco do insucesso para a prestação do serviço.*” (*Teoria geral das concessões...*, p. 103). O custeio integral da prestação do serviço público com recursos do Estado qualifica uma modalidade de contrato administrativo de gestão (ob. loc. cit.).

²¹⁰ Assim concluem Carlos Ari SUNDFELD (*Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, p. 21) e Marçal JUSTEN FILHO (*Teoria geral das concessões...*, p. 103-104).

²¹¹ O art. 2º, § 4º, da Lei de PPP, proíbe a celebração de contrato de parceria público-privada por valor inferior a R\$ 20 milhões (inc. I), por período de prestação de serviço inferior a cinco anos (inc. II) e que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública (inc. III).

A concessão patrocinada distingue-se pela presença concomitante de duas características: (a) contrato de concessão de serviços ou obras públicas concebido sob o regime da Lei nº 8.987 e (b) em que a Administração pague ao parceiro privado uma contraprestação pecuniária adicional à tarifa cobrada dos usuários. Então, essa espécie de PPP compartilha idênticas características da concessão comum, a não ser pelo modo de remuneração do parceiro privado. Sua distinção como categoria autônoma emerge da conjugação de determinado objeto (prestação delegada de serviço público) com certa forma de remuneração (compartilhada entre usuários e Administração). O qualificativo “*patrocinada*” foi instituído no Senado Federal em substituição (infeliz, diga-se) à designação “*subvencionada*”, conforme batizada por Carlos Ari SUNDFELD, a quem se deve a formulação da distinção entre as espécies de PPP brasileira. A alteração da denominação pode justificar-se apenas por preconceito leigo contra a expressão original, pois seu emprego evitava a imprecisão incorporada pelos múltiplos sentidos que possui a palavra “*patrocínio*” e refletia fielmente a situação descrita pelo §1º do art. 2º, da Lei de PPP: trata-se de auxílio pecuniário concedido pelo Poder Público.

Na concessão patrocinada, o parceiro público agrega uma contraprestação pecuniária²¹² à tarifa cobrada do usuário. É indispensável, sob pena de desnaturar a concessão patrocinada, que efetivamente seja cobrada tarifa de usuário diverso da Administração e que a remuneração prestada por esta seja adicional e complementar àquela vertida pelo usuário. Ou seja, quando não

²¹² A qualidade dos pagamentos da Administração na concessão patrocinada e na concessão comum foi analisada por Cesar A. Guimarães PEREIRA: “*O poder concedente pode fazer pagamentos, instantâneos ou duradouros, necessários à recomposição do reequilíbrio contratual nas concessões comuns. Apenas não poderá fazê-lo nos casos em que tais pagamentos se destinem a resolver uma situação crônica derivada da insustentabilidade permanente da concessão – circunstância que está na base da consagração legislativa da PPP. Nesse caso, o poder concedente apenas poderá, observados os requisitos próprios, converter a concessão comum em PPP – hipótese que é examinada mais adiante.*” (PEREIRA, *O processo licitatório das PPP*. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 202).

existir previsão de tarifa cobrada diretamente do usuário, não será possível instituir PPP sob a espécie de concessão patrocinada. No entanto, o contrato de PPP não pode dispor livremente sobre a dimensão da parcela de remuneração por meio de tarifa e da remuneração advinda da Administração: conforme o art. 10, § 3º, da Lei de PPP, será preciso edição de lei específica quando a previsão dessa contraprestação do parceiro público for superior a 70% da remuneração integral do parceiro privado. Ao eleger esse limite para a estipulação convencional, a regra permite que a subvenção estatal seja até maior que o dobro da receita tarifária e até não impede que seja ainda ampliada, embora nesse caso retire do Poder Executivo e atribua ao Legislativo a chancela da conveniência e oportunidade de aumentá-la.

A contraprestação adicional da Administração, aplicável para serviços de prestação onerosa em dimensão tal que seu custeio exclusivo pela tarifa do usuário inviabilizaria o próprio serviço, configura providência destinada a proporcionar modicidade tarifária ao mesmo tempo em que mantém a atratividade da exploração da concessão para o parceiro privado. A decisão de instituir uma PPP depende de apurar os casos em que a previsão de retorno pela projeção de receita composta por uma tarifa suportável não encoraje o vulto do investimento privado. São situações em que o valor da tarifa necessário para satisfazer a expectativa de retorno do investidor privado resultaria em patamar insustentável para os usuários o suportarem isoladamente.²¹³ Haverá ocasiões em que o critério da capacidade econômica dos usuários determináveis precisará ser necessariamente incluído como fator de ponderação tarifária, para efeito de decisão sobre a aplicação da concessão patrocinada. Recorde-se que o serviço público traduz uma necessidade de interesse coletivo sob o fundamento da solidariedade, que apenas incidentalmente produz benefício individualizado a

²¹³ Em outras palavras, “A concessão patrocinada (subsidiada) compreende os casos conhecidos de concessão de serviço público ou de obra pública em que a fruição pelos usuários não conduz a uma remuneração apta a proporcionar a amortização do investimento. Por isso, o Estado tem de complementar o pagamento devido ao concessionário”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *A PPP brasileira e as lições do passado...*, p. 19).

cada usuário. A concepção induz à promoção da solidariedade social de maneira a preservar o suprimento das necessidades fundamentais inclusive das camadas economicamente desvalidas da população.²¹⁴

Além da capacidade econômica dos usuários, o efetivo retorno projetado depende identicamente da viabilidade técnica da cobrança dessa tarifa. A questão não apresenta dificuldade caso se imagine uma rodovia, mas a cobrança da tarifa torna-se extremamente complexa se esbarrar na apuração da divisibilidade do serviço e na difusão de sua prestação. É hipótese de dificuldade prática no percebimento da tarifa, que a aplicação da parceria público-privada tende a solucionar.

Assim, podem-se mencionar diversas variáveis conjugadas com a duração do contrato (vale dizer, com o tempo pelo qual a prestação do serviço público será explorada) que contribuem para a conclusão dessa falta de atratividade econômica por inviabilidade de tarifa compatível com o retorno esperado. Alguns desses fatores principais que justificam o estabelecimento da contraprestação adicional da Administração são a magnitude do volume de recursos necessários para iniciar a fruição, o número de usuários em quantidade previsivelmente insuficiente e a notoriedade da baixa capacidade econômica dos usuários de certo serviço em determinado local.

A concessão patrocinada estipula que o Estado, na condição de gestor dos recursos egressos da Sociedade, transfira parcela de seus ativos para o custeio de serviço público que aproveitará aos indivíduos em favor de quem o respectivo serviço for prestado.²¹⁵ Esse custeio, que sob a concessão comum é

²¹⁴ Esse é o núcleo da concepção acerca da ausência de homogeneidade dos usuários, tal como identificada por Marçal JUSTEN FILHO: “*Ou seja, os indivíduos absolutamente carentes, residentes em habitações precárias, são tão usuários dos serviços de energia elétrica quanto os integrantes dos extratos economicamente mais privilegiados. Tratar a todos eles como titulares de interesses comuns e homogêneos seria ofensivo aos mais basilares princípios jurídicos.*” (Teoria geral das concessões..., p. 551).

²¹⁵ A contraprestação adicional pelo parceiro público que a concessão patrocinada oferece como solução para a rentabilidade negativa do empreendimento repousa sobre uma justificativa socioeconômica exposta por Ibrahim ERIS: “*A primeira pergunta que se pode fazer é: por*

obtido internamente (pela cobrança de tarifa), passa a ser provido também externamente, com recursos suplementares advindos do Estado – o que estabelece um mecanismo em aparente contradição com utilidade fundamental da concessão, correspondente à exoneração dos recursos orçamentários estatais em serviços aproveitados por fração dos integrantes da Sociedade e a concentração do gasto com serviço público pelos indivíduos que dele fruem diretamente.

Por esse aspecto, a concessão patrocinada mitiga o elemento tradicional que fundamenta a concessão de serviço público pela desoneração econômica da Sociedade através da oneração econômica dos usuários. O retorno do patrimônio estatal ao núcleo da relação contratual, na condição de objeto da prestação da Administração, permite identificar como característica da PPP a redução do risco econômico assumido pelo prestador do serviço público, pois o eventual inadimplemento do parceiro público será coberto pelas garantias especiais que a Lei de PPP estabelece em favor do parceiro privado.

Por outro lado, a PPP contempla meio de suprir demandas sociais reprimidas, ainda que o resultado econômico dessa demanda seja insatisfatório – e essa é uma idéia que está na origem da PPP. Na medida em que o princípio da solidariedade tem pleno vigor no âmbito das concessões, a contraprestação da Administração adicionalmente à tarifa surge como alternativa capaz de solucionar a discussão acerca do modo como realizar a solidariedade social, pois na concessão patrocinada o subsídio aos usuários economicamente enfraquecidos faz-se linearmente pelo aporte estatal suplementar (e não pela sobretarificação dos

que o Estado faria isso? Ora, porque o projeto pode gerar externalidades não capturadas diretamente pelo empreendimento. Pode viabilizar, por exemplo, uma nova área agrícola, nova fronteira agrícola. Pode descentralizar atividades econômicas no país. Ou ainda: o objetivo pode ser meramente a desurbanização. Logo, existem outras espécies de retorno de cunho social que não são capturados pelo preço, por isso, o setor público tem interesse em pagá-lo.” (Financiamento dos projetos de PPP. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), Parcerias público-privadas..., p. 171).

usuários mais abastados), ao mesmo tempo em que estabelece a vinculação do recurso público diretamente ao serviço prestado.²¹⁶

§ 5. *Concessão administrativa*

A concessão administrativa é a outra espécie de parceria público-privada referida pelo art. 2º, no §2º, da Lei de PPP. A conceituação dessa modalidade distingue-se pela presença concomitante de três elementos: (a) a celebração de contrato de prestação de serviços; (b) a Administração como usuária direta ou indireta; e (c) a inadmissão da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens como objeto único do contrato.

A natureza jurídica da concessão administrativa suscita imediata perplexidade por não se tratar de *concessão de serviço público*. Embora qualifique a espécie como *concessão*, a redação do §2º do art. 2º induz a considerar que se trata de mera prestação de serviço em favor da Administração, adequada a um contrato administrativo,²¹⁷ e não de concessão de serviço

²¹⁶ Cesar A. Guimarães PEREIRA aprofundou a análise do sentido da solidariedade social ao efetuar paralelo entre a *realização interna da solidariedade*, através da instituição de tarifas redistributivas (camadas abastadas da coletividade subsidiariam, por aumento compensatório das tarifas a si destinadas, a redução de tarifas devidas pelas menos abastadas) e a *realização externa da solidariedade*, por meio dos instrumentos tributários: “O regime da PPP traz um novo perfil para esse tema. Pode ser uma inovação fundamental para assegurar a realização da solidariedade, mesmo que não se adote o sistema de tarifas redistributivas. Ao prever (a) a possibilidade de custeio total ou parcial dos serviços pelo Poder Público e (b) mecanismos de vinculação de recursos públicos a esse custeio, a lei federal elimina o problema fundamental existente na opção tributária de realização da solidariedade. É possível, por essa via, assegurar que os recursos públicos, de origem tributária, necessários à concretização da solidariedade atingirão efetivamente o seu destino.” (PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 212-213).

²¹⁷ Embora rejeitando que a concessão administrativa se identifique plenamente com o contrato administrativo da Lei nº 8.666, Ana Lucia Ikenaga WARNECKE ponderou que “Se o destinatário é a própria Administração, não há dúvida de que é uma hipótese de contratação administrativa, mas não será de delegação de serviço público. O regime jurídico da concessão administrativa não é determinado pela nomenclatura dada pela Lei de PPP, pois

público.²¹⁸ A concessão administrativa se caracteriza pela complexidade de seu objeto, como é próprio das parcerias público-privadas, em vista da vedação de objeto único constante do art. 2º, §4º, inc. III. Logo, a prestação do serviço (qualificada pelo fornecimento de mão-de-obra) estará necessariamente conjugada com o fornecimento e instalação de bens ou com a execução de obra, o que impede sua aproximação com o contrato administrativo da Lei nº 8.666, de Licitações e Contratos Administrativos. Além disso, a concessão administrativa mantém um caráter intrínseco à concessão, relacionada à transferência de risco para o concessionário. No contrato administrativo da Lei nº 8.666, a entrega do objeto da contratação desonera apenas parcialmente o contratado, enquanto que a Administração a partir de então passa a assumir o risco inerente à operação e à fruição – mas não quanto à qualidade – do objeto prestado pelo contratado.²¹⁹

Há uma premissa inegável: a concessão administrativa refere-se a situações que podem não envolver delegação de serviço público. Mais do que isso, abrange casos em que não há prestação de serviço público e nem sequer há serviço público a ser prestado. No entanto, não significa que o serviço referido no § 2º não possa ser serviço público: a redação do dispositivo manteve o gênero da prestação de serviço, sem proibir a prestação da espécie serviço público. O

não se trata de uma concessão de serviços públicos.” (Encampação e PPP. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), Parcerias público-privadas..., p. 412-413).

²¹⁸ Luiz Alberto BLANCHET reputou a concessão administrativa como efetiva concessão de serviço público, apesar de comungar da impressão inicial de que haveria somente a execução do objeto pelo parceiro privado e a remuneração pelo parceiro público: *“Porém faltou, neste juízo, a menção a um elemento que descaracteriza tal figura como simples contrato administrativo de obra ou serviço: o objeto não é entregue pelo particular contratado ao Poder Público contratante após executado e concluído; ele permanece com o particular, ao qual é concedido o direito de explorá-lo.” (Parcerias público-privadas..., p. 22).*

²¹⁹ Essa é uma particularidade da concessão administrativa ressaltada por Marçal JUSTEN FILHO: *“Mas o contrato não se confunde com a contratação sujeita à Lei 8.666/93 porque o particular somente começará a ser remunerado depois de concluída e entregue a obra ao Estado, com um dever de arcar com os riscos atinentes à qualidade do produto – o que se traduz numa remuneração periódica, prevista para ser realizada durante longos períodos de tempo.” (A PPP brasileira..., p. 19-20).*

conjunto normativo da Lei de PPP, de todo modo, desautoriza a identificação plena da concessão administrativa apenas como contrato administrativo da Lei nº 8.666 ou somente como espécie concessão de serviço público. Ao sujeitar a concessão administrativa a regras da Lei nº 8.987 e da Lei nº 9.074, o art. 3º milita contra a interpretação pela qual a concessão administrativa restringe-se à modalidade de simples contrato administrativo de prestação de serviços.

O *caput* do art. 3º dispõe a aplicação *adicional* à concessão administrativa dos arts. 21, 23, 25 e 27 a 29 da Lei nº 8.987 e do art. 31 da Lei nº 9.074; ou seja, tais dispositivos foram adotados para disciplinar a concessão administrativa conjugadamente à Lei nº 11.079. O art. 31 da Lei nº 9.074 prevê que o autor do projeto básico poderá concorrer e executar o objeto do projeto básico – possibilidade excluída do Projeto de Lei que tramitou na Câmara de Deputados, posteriormente retomada pelo Senado Federal mediante essa remissão à Lei nº 9.074 e que foi mantida mesmo diante do veto presidencial ao art. 11, inc. II. De modo diferente que o *caput*, o § 1º do art. 3º estipula a aplicação *subsidiária* da Lei nº 8.987 e correlatas à concessão patrocinada; quer dizer, qualquer artigo da Lei de Concessões e correlatas será aplicável à concessão patrocinada sempre que a Lei de PPP não dispuser sobre o mesmo objeto. Já o § 2º determina a aplicação *exauriente* da Lei nº 8.987 e correlatas à concessão comum, ao vedar-lhe a incidência de qualquer regra da Lei de PPP; enquanto que o § 3º mantém a aplicação *excludente* da Lei nº 8.666 aos contratos administrativos que não configurem concessão comum, patrocinada ou administrativa. A gradação do art. 3º e parágrafos permite interpretação delimitadora da interação entre a Lei de PPP e as leis que estabeleceram previamente a natureza jurídica das concessões brasileiras: a concessão administrativa não recebe aplicação subsidiária, mas apenas limitada, da Lei nº 8.987 – ao contrário da concessão patrocinada; a concessão comum e os contratos administrativos inespecíficos da Lei nº 8.666 continuam submetidos aos antigos regramentos. Entretanto, a exaustão e a exclusão atribuídas àquelas leis não impedem que sejam aplicadas à concessão e ao contrato administrativo comuns soluções doutrinárias e jurisprudenciais que têm mitigado o formalismo preconizado pelo regime geral para a licitação e que foram acolhidas na Lei nº

11.079. Logo, será possível que o edital de licitação para contrato administrativo comum permita o suprimento de falhas da proposta, aplicando preceito equivalente ao contido no art. 12, inc. IV, da Lei de PPP.

A solução propugnada por Cesar A. Guimarães PEREIRA para identificar a natureza jurídica da concessão administrativa foi deslocar o foco dessa indagação para a condição da Administração como usuária direta ou indireta.²²⁰ Ambas as situações implicam no pagamento da tarifa direta e integralmente pelo Poder Público ao parceiro privado. A Administração será usuária direta quando o serviço for prestado (acompanhado ou não de execução de obra ou de fornecimento de bens) para sua própria fruição, a ser aproveitado no desenvolvimento de suas atividades. Já como usuária indireta, a Administração não frui do serviço prestado (que será necessariamente serviço público), mas assume em nome próprio o dever do pagamento da tarifa no lugar do usuário efetivo, como ocorre no *shadow toll* (pedágio virtual ou pedágio-sombra).

Não se cogita, acerca da delimitação dos contornos do usuário indireto, das conhecidas distinções entre usuário potencial e usuário real ou entre usuário e beneficiário. A figura do usuário real é plenamente compatível com a do usuário direto, pode-se considerar que o usuário real sempre será o usuário direto. O mesmo não ocorre entre usuário potencial e usuário indireto: o usuário potencial é aquele que ainda não reúne, ou está em vias de reunir, condições jurídicas para desfrutar do serviço público; o usuário indireto já integra a relação jurídica em que se manifesta o serviço público – não como fruidor do serviço, mas sim na condição de titular do dever da contraprestação em lugar do usuário direto, a quem o concessionário deve a prestação efetiva do serviço público. Por outro lado, o beneficiário do serviço público não é o usuário indireto; beneficiário é aquele que sempre obtém vantagem pela prestação do serviço

²²⁰ PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 203.

público, mesmo sem ser usuário e também quando o for.²²¹ Tem sido recorrente a menção à coletividade como beneficiária do serviço penitenciário (em que a doutrina estrangeira atribui ao detento a condição de usuário,²²² visão inadequada entre nós²²³) e de certos aspectos do serviço de limpeza urbana (em que o usuário é também beneficiário). Na posição de usuária indireta, a Administração não auferir benefício próprio e direto da prestação do serviço, apenas cumpre o dever de assegurar sua prestação e recebe o ônus de custeá-lo em favor (como “representante”) do usuário direto.²²⁴

A questão do usuário indireto é reconduzível à figura do *usuário intermediário*, em contraposição ao usuário final. Nessa situação, o serviço público é colocado à disposição da coletividade, que se posta como terceiro perante o prestador do serviço e os usuários verdadeiros, integrantes dessa

²²¹ Sobre o tema, confira-se: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviço público*. São Paulo, 2005. Tese de doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 50 e seguintes.

²²² MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*, 2ª ed., Paris : PUF, 1997, p. 227.

²²³ De acordo com a postulação de Cesar A. Guimarães PEREIRA: “Na doutrina estrangeira alude-se a serviços penitenciários, em que o usuário (detento) é submetido a condição desfavorável, para benefício da coletividade – o que entre nós não faz sentido, pois a noção jurídica de serviço público aponta para uma atividade ampliativa, não restritiva.” (*Usuários de serviço público...*, p. 55). Em nota, o doutrinador indica o entendimento de Celso Antonio Bandeira de MELLO (*Curso...*, p. 641), para quem os serviços penitenciários são atividade de polícia quanto aos detentos, não serviço público.

²²⁴ Floriano de Azevedo MARQUES NETO acrescentou outra hipótese de usuário indireto em relação ao uso do equipamento: “No terceiro a Administração é considerada usuária direta para fins de pagamento e usuária indireta para fins de uso propriamente da utilidade objeto da parceria (o que ocorre num PPP para implantação, manutenção e operação das funções delegáveis – hotelaria, por exemplo – num presídio).” (*As parcerias público-privadas no saneamento ambiental*. In : SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 302). Deixa-se de adotar a r. opinião, mantida a vinculação da noção de usuário indireto com o pagamento do serviço prestado.

coletividade.²²⁵ O Estado pode assumir a posição da coletividade como usuário intermediário, sem que isso desnature a figura, como ocorre no Município de São Paulo (Leis Municipais nº 13.478/2002 e 13.522/2003).

Por decorrência, a condição da Administração como usuária permitiu ao doutrinador cogitar de quatro espécies de contratos de PPP sob a modalidade de concessão administrativa, sendo três como usuária direta e uma como usuária indireta.²²⁶ As espécies de contrato foram montadas combinando as sete hipóteses contidas nos três grupos de critérios que emanam da definição legal de concessão administrativa. Em todos os casos a Administração figura como remuneradora isolada do parceiro privado:

- (a.1) a prestação de serviços não públicos;
- (a.2) a prestação de serviços públicos;
- (b.1) a Administração como usuária direta isoladamente;
- (b.2) a Administração como usuária direta conjuntamente com a coletividade;
- (b.3) a Administração como usuária indireta;
- (c.1) sem execução de obra ou fornecimento de bens;
- (c.2) com execução de obra ou fornecimento de bens.

A primeira espécie é o contrato de prestação de serviço comum (não público),²²⁷ diretamente à Administração, sua usuária única e direta, sem envolver execução de obra nem fornecimento e instalação de bens, sob regime excludente daquele estipulado pela Lei nº 8.666 e sempre mediante as condições especiais de que o valor do contrato seja de pelo menos R\$ 20 milhões (art. 2º, § 4º, inc. I) e que o período da prestação situe-se entre cinco e 35 anos, incluindo prorrogações (art. 2º, § 4º, inc. II, e art. 5º, inc. I). É imprecisa a tendência de reputar a concessão administrativa como restrita a essa forma de contrato.

²²⁵ NICINSKI, Sophie. *L'utilisateur du service public industriel e commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 141.

²²⁶ PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 204.

²²⁷ a.1 + b.1 + c.1.

A segunda é a concessão de obra pública combinada com a prestação de serviço (não público),²²⁸ sendo a Administração usuária e remuneradora direta e única de ambos os objetos da prestação. A espécie resulta da conjugação da identificação da concessão administrativa como contrato de prestação de serviços (sendo compulsória, portanto, a presença desse objeto) com a ressalva final do dispositivo.

A terceira espécie (que o doutrinador indica como excepcional) é o contrato de prestação de serviço público,²²⁹ em que a Administração é usuária direta mas não única, embora sua exclusiva remuneradora. Trata-se de hipótese em que a Administração inclui-se dentre os usuários diretos disseminados na coletividade.

Finalmente, a quarta espécie é o contrato de prestação de serviços públicos,²³⁰ com a Administração figurando como usuária indireta, sem desfrutar do serviço público embora remunerando integralmente a prestação do parceiro privado para os usuários diretos, que nada desembolsam.²³¹

O art. 2º, § 4º, inc. III, estipula que nenhuma das espécies contratuais de PPP pode ter como objeto exclusivo a execução de obra ou o fornecimento e instalação de equipamentos²³² ou de mão-de-obra. Compreenda-se que a vedação do fornecimento de mão-de-obra não necessitava ser reiterada

²²⁸ a.1 + b.1 + c.2.

²²⁹ a.2 + b.2 + c.1 ou c.2.

²³⁰ a.2 + b.3 + c.1 ou c.2.

²³¹ A desvantagem de a Administração figurar como usuária indireta é a hipótese de perder o controle da “*quantidade de fruição da utilidade disponibilizada pela PPP*” (MARQUES NETO, *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental...*, p. 302). que será determinada pelos usuários diretos, enquanto que como usuária direta a Administração

²³² A interpretação uniformizadora da Lei de PPP conduz a considerar equivalentes a locução “*equipamentos*” do art. 2º, § 4º, inc. III, e a expressão “*bens*” do art. 2º, § 2º, pois são normas que por evidência se reportam uma à outra e se qualificam pelos mesmos “*fornecimento e instalação*”.

pelo art. 2, § 4º, inc. III, porque essa outra espécie de objeto integra a própria prestação de serviço caracterizadora da concessão administrativa. Vale dizer: a proibição do objeto único na concessão administrativa está em consonância com a regra do § 4º, inc. III, o que mantém a concessão administrativa como contrato que contém objeto mais complexo do que o contrato administrativo condicionado pelo regime geral.

§ 6. Os sujeitos da PPP

Não é compatível com a idéia de parceria público-privada que sejam considerados como seus sujeitos apenas os figurantes dos pólos contratuais.

O espírito de difusão de obrigações, de controle e de compartilhamento de resultados inerente à parceria público-privada tem alcance mais alargado do que a sua incidência sobre apenas o parceiro público e o parceiro privado. Por isso, incluem-se dentre os titulares de direitos e obrigações – além dos parceiros – os usuários, as instituições financiadoras do projeto, os órgãos públicos instituidores e os beneficiários dos resultados da PPP (que podem ser compreendidos como toda a Sociedade).

A intenção de conferir amplitude máxima à utilização da PPP revela-se pela abrangência irrestrita do art. 1º da Lei aos Poderes e aos seus órgãos. O *caput* não delimitou a utilização da PPP ao Poder Executivo, denotando que o Legislativo e o Judiciário podem valer-se da mesma espécie de contratação, no âmbito de suas competências e orçamento. Reitere-se que a ampliação dessa sujeição não tem o efeito de conferir indistintamente atribuições juridicamente inviáveis. Assim, a referência a *órgãos* pelo parágrafo único do art. 1º não autoriza os entes despersonalizados da Administração a integrar um contrato de PPP na condição de poder concedente, ou de parceiro público.²³³

²³³ É perfeitamente pertinente a este caso a crítica de Marçal JUSTEN FILHO a dispositivo da Lei de Licitações com redação similar à do art. 1º, par. único, da Lei de PPP: “o parágrafo único do art. 2º adota fórmula que, sob o prisma teórico, beira às raias do inadmissível. Estabelece que um contrato é um ajuste de que participam ‘órgãos ou entidades da Administração Pública...’. Ora, a referência a órgãos se afigura despropositada, na medida em que esse é um mero instrumento de formação e exteriorização da vontade da

A interpretação adequada do dispositivo implica considerar que a aplicação da Lei de forma alargada à Administração Pública constrange todos os seus componentes a, por exemplo, sempre perseguir as diretrizes do art. 4º quando estiver sob sua órbita de competência a concepção, instituição ou a execução de alguma providência relacionada à parceria público-privada. Apenas nesse sentido é que pode ser compreendida a redação do parágrafo único, que fez incluir até “*demais*” entidades que porventura escapem à classificação tradicional dos entes públicos, cujas espécies foram arroladas no parágrafo.²³⁴

O mesmo parágrafo único do art. 1º não deixa dúvida, no entanto, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista podem integrar o contrato de PPP como parceiro público, isto é, como concedente da parceria público-privada. Inversamente, essas sociedades controladas pelo Estado não poderão ser contratantes de PPP como parceiro privado, na condição de titular da maioria do capital social da sociedade de propósito específico a quem incumbirá implantar e gerir o objeto da parceria – conforme impedimento determinado pelo art. 9º, § 4º. A menção desse dispositivo a “*maioria do capital votante*” não expressa o alcance preciso da norma, pois a interpretação razoável da locução revela que a vedação destina-se a impedir que a Administração detenha o controle da sociedade de propósito específico. Ao referir-se a “*capital votante*” ficou patente a intenção do parágrafo de impedir que a atividade da pessoa

Administração Pública. Um órgão não é parte na avença, que é atribuída à pessoa jurídica a que tal órgão se vincula.” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11ª ed, São Paulo : Dialética, 2005, p. 32).

²³⁴ Quando a redação inadequada do parágrafo, é adequada a advertência de Celso Antônio Bandeira de MELLO: “*Sem embargo, o dislate supremo reside em que é juridicamente inexecutável um contrato entre órgãos, pois estes são apenas repartições internas de competências do próprio Estado. São parcelas dele, dissolvidas em sua intimidade, tal como as partes de um dado indivíduo o são de seu próprio corpo. Os órgãos do Estado são o próprio Estado. Ao contrário deste, não têm personalidade jurídica. Só se pode contratar quem seja sujeito de direitos e obrigações, vale dizer: pessoa. Portanto, nem o Estado pode contratar com seus órgãos, nem eles entre si, que isto seria um contrato consigo mesmo – se se pudesse formular suposição tão desatinada. Trata-se de algo evidentemente impossível.*” (Curso..., p. 217).

destinada a desempenhar o papel do parceiro privado fique sob o comando da Administração. Nesse caso, apenas a vedação à maioria do capital votante não será suficiente para impedir esse resultado, pois a redação do dispositivo mantém a viabilidade de que a Administração detenha capital votante minoritário (*rectius*, menor do que a metade) e ainda assim detenha o controle sobre a sociedade de propósito específico. Ocorre com frequência – especialmente em companhias abertas com capital intensamente pulverizado no mercado de capitais, aliás como o art. 9º, § 2º, permite à sociedade de propósito específico – que baste o acionista (ou grupo de acionistas) deter um percentual modesto do capital para que se credencie a exercer o poder de controle.

Seria perfeitamente viável, por interpretação literal do art. 9º, § 4º, que a Administração não detivesse a maioria do capital votante e mesmo assim fosse controladora da sociedade de propósito específico da PPP. Rejeita-se essa solução, porque inadequada aos efeitos compatíveis com a concepção de PPP: a natureza de uma PPP exige que a sociedade de propósito específico concebida para executar o projeto seja controlada pela iniciativa privada, ao inverso do que permite deduzir a redação do aludido parágrafo. Mesmo a permissão para a Administração integrar o capital votante dessa sociedade como acionista sem poder de controle é altamente questionável. Nesse caso, a versão de recursos públicos em companhia com controle privado precisa justificar-se por especial relevância estratégica, na medida em que a gestão e aplicação desses recursos será subordinada a decisões de controlador privado, em empreendimento não necessariamente comprometido com a satisfação de necessidades coletivas. Apenas a fundamentação da deliberação por aplicar recursos públicos em sociedade privada sem controle estatal poderá revelar a adequação com os princípios da razoabilidade, da eficiência, da subsidiariedade e da especialidade.

Por outro lado, a Lei nº 11.107, de 06.04.2005, que regula os consórcios públicos, tornou possível que uma pessoa jurídica de direito público²³⁵ preste serviços públicos. A contratação do consórcio público será

²³⁵ Indique-se a viabilidade de o consórcio público ser constituído sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, o que não o dispensará de dirigir-se conforme normas de direito público

realizada por algum dos entes federativos conveniados, mediante dispensa de licitação (art. 2º, § 1º, Lei nº 11.107/2005). O consórcio público poderá, identicamente, ser outorgante de concessão, permissão ou autorização de obra ou serviço público, desde que exista essa previsão e precisa delimitação do objeto da obra ou serviço no contrato de formação do consórcio público (art. 2º, § 3º). O art. 13 da Lei nº 11.107.2005 denomina essa modalidade contratual de *contrato de programa*.²³⁶

§ 7. As leis estaduais de PPP: disciplina e eficácia

A previsão expressa da aplicabilidade da norma federal de PPP aos Estados confronta com a prévia existência de leis estaduais editadas entre dezembro de 2003 (Minas Gerais) e janeiro de 2005 (Rio Grande do Sul).²³⁷

Em relação à competência dos Estados-membros para legislar sobre PPP, eles detinham competência legislativa concorrente, pelo art. 24, § 3º, da Constituição, em vista da então inexistência de norma geral federal sobre o assunto. Quanto à eficácia, nem sempre a lei do tempo do fato permanece aplicável ao processo já em curso quando sobrevém a lei nova. Antes de aplicar esse critério temporal é preciso apurar a eficácia conforme o critério da especialidade e o da hierarquia. De uma parte, a especialidade da norma nova prevalece sobre a norma geral, ainda que esta seja anterior. De outra, pelo critério da hierarquia, a superveniência da norma hierarquicamente superior revoga a

quanto à licitação, contratação, prestação de contas e admissão de pessoal, pelo regime celetista (art. 6º, § 2º, Lei nº 11.107).

²³⁶ Outras três hipóteses de empresa estatal como concessionária foram identificadas por Carlos Ari SUNDFELD – todas elas em circunstâncias também alheias à parceria público-privada: como concessionária de concessão comum; também por *contrato de programa* prestando para outro ente federativo serviço complexo típico de concessão administrativa; e por *contrato de gestão* (CF, art. 37, § 8º; LRP, art. 47), sob uma forma de *parceria público-pública*, prestando serviço para seu próprio controlador.

²³⁷ Os Estados que promulgaram lei sobre parceria público-privada são Minas Gerais (Lei 14.868/2003), Santa Catarina (Lei 12.930/2004), São Paulo (Lei 11.688/2004), Goiás (Lei 14.910/2004), Bahia (Lei 9.290/2004), Ceará (Lei 13.557/2004) e Rio Grande do Sul (Lei 12.234/2005).

norma subordinada anterior conflitante. A precedência temporal das normas estaduais em relação à norma federal induz à identificação de antinomia (que pode ser aparente), submetida à disposição do art. 24, § 4º, da Constituição, pelo qual a norma estadual não recebe aplicação concreta quando for incompatível com a lei federal. Essa compatibilidade deverá ser apurada caso a caso,²³⁸ pois a dissonância passível de integração entre as normas implicará na preservação da eficácia da lei estadual.

O Estado de Minas Gerais foi o primeiro a editar lei especial sobre parcerias público-privadas, sob o nº 14.868, de 16.12.2003. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa enfrentou o tema da competência e considerou constitucional o projeto sob o fundamento de que as normas nacionais sobre licitação e contratos administrativos caracterizam-se pela generalidade²³⁹ necessária de seus enunciados, a requerer o preenchimento normativo pelos entes federativos.²⁴⁰ Essa concepção prevaleceu, na medida em que o modelo federativo brasileiro concede aos Estados, como corolário da autonomia dos seus entes integrantes, a competência suplementar para legislar sobre licitação e contratos administrativos, conforme o art. 22, XXVII, da Constituição.

²³⁸ A compatibilização de modo a preservar – o quanto for adequado frente à Constituição – a eficácia das normas estaduais é a tônica da exposição de Cesar A. Guimarães PEREIRA, André Guskow CARDOSO e Rafael Wallbach SCHWIND (As leis estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI; JUSTEN. *Parcerias público-privadas...*, p. 120-140).

²³⁹ *Que não podem esgotar o assunto, cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (Competência concorrente limitada : o problema da conceituação das normas gerais. In: Revista de Informação Legislativa, n. 100, p. 127-161).*

²⁴⁰ Não apenas a norma geral federal posterior constitui limitação à atividade legislativa estadual. As leis gerais pré-existentes sobre licitação e contratos públicos condicionavam a margem de atuação do legislador estadual: “Isso significa que, mesmo antes de editada a Lei 11.079/2004, os Estados não detinham ampla liberdade para estabelecer as regras atinentes à PPP. Já nesse momento, não seria possível às normas estaduais derrogar dispositivos de lei federal veiculando normas gerais em matéria de licitações, contrato e orçamento.” (PEREIRA; CARDOSO; SCHWIND. *As leis estaduais de PPP...*, p. 122).

As divergências mais notáveis entre a lei federal e as leis estaduais situam-se no objeto e modo de contratação de parceria público-privada determinada pela lei federal como duas espécies de concessão, denominadas patrocinada e administrativa. Genericamente, as leis estaduais seguem o espírito geral da PPP, relacionando um contrato de longo prazo e investimento antecipado pelo parceiro privado a uma remuneração subvencionada pelo parceiro público e dotada de uma garantia especial. Entretanto, as estipulações do art. 2º, § 4º, da Lei federal, estreitam as hipóteses admissíveis de contrato de PPP, especialmente em relação à proibição de execução de obra como objeto único do contrato (inc. III).²⁴¹ A estipulação viável para o prazo de vigência contratual será aquele compatível com o intervalo de cinco a 35 anos previsto pelo art. 5º, inc. I, da Lei federal. Logo, não possui eficácia o prazo de 48 meses, da lei mineira, para exploração da obra. Nem detêm eficácia as disposições das leis gaúcha e catarinense acerca de licitações, na medida em que a competência privativa para a matéria foi exercitada pela Lei federal.

²⁴¹ A lei mineira e a lei catarinense constituem exceção a esse modelo, conforme recordam Cesar A. Guimarães PEREIRA, André Guskow CARDOSO e Rafael Wallbach SCHWIND (*As leis estaduais de PPP...*, p. 128). A primeira ressalva que o parceiro privado deverá explorar a obra por pelo menos 48 meses; a segunda prevê o mesmo encargo por 60 meses, conforme o decreto que regulamentou a lei respectiva.

Seção 3 – A disciplina pré-contratual

§ 1. *A competência para instituir a PPP*

Um projeto de PPP submete-se, pela Lei brasileira, a três etapas processuais desde a sua concepção até produzir os resultados originalmente previstos. Pode-se aludir a uma quarta etapa, relativa ao controle da regularidade de todo o processo e à apuração de seus resultados; portanto, essa última fase não integra a essência da realização do projeto, pois ocorre em momento posterior à instituição e à efetiva execução do contrato de PPP. Tal não implica em relevância diminuída dessa fase de controle: sua previsão reafirma a iminência da coerção – apenas se defende que todos os elementos necessários para a concretização de um projeto de PPP estão reunidos nas fases anteriores.

A primeira dessas etapas consiste na identificação da necessidade apta a ser satisfeita por intermédio da aplicação da concessão administrativa ou da concessão patrocinada e no processo decisório realizado pela Administração destinado a suprir, por meio do instrumental estipulado pela Lei de PPP, a necessidade identificada.²⁴² A segunda etapa detém-se sobre o processo de escolha do parceiro privado, por intermédio de licitação sob a modalidade de concorrência. A terceira etapa, constante da Seção posterior, abordará os termos que a Lei admite para o contrato emanado da concorrência para a PPP.

O modo de instituição da PPP está descrito no Capítulo VI da Lei de PPP, sob a denominação de “*Disposições aplicáveis à União*”. Trata-se, portanto, de regras que não vinculam os demais entes federativos ao seu cumprimento, no âmbito de sua competência para instituir um contrato de PPP estadual.²⁴³ Isso não implica, obviamente, vedação a que Estados, Municípios e

²⁴² Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA invocou o art. 165, §§ 1º e 2º, da Constituição, com as disposições da Lei Federal nº 10.933/2004, relativa ao Plano Plurianual, ao estimar a necessidade de que “*a decisão pela celebração de uma PPP há de estar previamente afinada com a programação do Governo Federal, estabelecida no Plano Plurianual (PPA).*” (*Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada...*, p. 116).

²⁴³ Luiz Alberto BLANCHET não reconheceu o caráter de norma geral ao dispositivo do art. 14, destacando que haveria inconstitucionalidade se assim fosse, na medida da violação da

Distrito Federal promovam seus próprios contratos de PPP, mas sim que o processo decisório sobre a conveniência e oportunidade²⁴⁴ da instituição da PPP não precisa submeter-se ao caminho definido pelos arts. 14 e 15 da Lei de PPP,²⁴⁵ embora haja a possibilidade de adoção voluntária dessas mesmas regras pelas unidades federativas.

O art. 14 da Lei de PPP atribuiu ao denominado órgão gestor a competência para identificar prioridades, fundamentar o descarte da concessão comum,²⁴⁶ estabelecer o objeto dos contratos de PPP, estabelecer critérios de redistribuição de riscos, motivar as decisões sobre o tempo e o modo das prestações e iniciar o processo para licitar e contratar esse objeto. O art. 3º, *caput*, definiu para as concessões administrativas a aplicação adicional do art. 31, da Lei nº 9.074, que permite ao autor do projeto básico de concessão de serviço público participar da licitação ou da execução do objeto, o que implica em admitir a iniciativa privada para um projeto de PPP caracterizada como concessão administrativa. O mesmo se passa com as concessões patrocinadas, pois o § 1º do

autonomia constitucionalmente atribuída aos entes federativos (*Parcerias público-privadas...*, p. 83).

²⁴⁴ Embora o art. 10, inc. I, “a”, se refira à conveniência e à oportunidade, essas expressões não autorizam a Administração a exercer espécie de escolha *discrecional* no âmbito da instituição da PPP, conforme Cesar A. Guimarães PEREIRA (*O processo licitatório das PPP...*, p. 219). O próprio art. 10 da Lei de PPP encarrega-se de atribuir competência vinculante à Administração, cujas decisões sobre a concepção da PPP – seja quanto ao enquadramento legal da espécie, seja quanto aos fundamentos técnicos que a conduziram – submetem-se a controle inclusive judicial.

²⁴⁵ Mas esses contratos estaduais subordinam-se aos incisos do art. 10, que condicionam a abertura da licitação da PPP a autorização fundamentada quanto à conveniência e oportunidade, e na licitude da PPP em relação ao impacto fiscal, orçamentário, financeiro e ambiental do empreendimento, além da realização da consulta pública sobre o edital e o contrato.

²⁴⁶ De acordo com Luiz Alberto BLANCHET, nessa fase será preciso “a demonstração de que o interesse público envolvido no motivo (pressuposto fático) da licitação será atendido mais adequadamente mediante parceria público-privada do que mediante outras soluções.” (*Parcerias público-privadas...*, p. 61).

mesmo art. 3º prevê para estas a aplicação subsidiária da Lei de Concessões e da legislação correlata, como a Lei nº 9.074.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 2.546/2003 na Câmara Federal foi suprimido o par. único do art. 2º, que estabelecia uma legitimação formal ampliada para a apresentação de “*proposta de contrato*” de PPP, mantendo a obrigatoriedade de licitação para firmar esse contrato.²⁴⁷ A norma era programática, já que o “*interessado*” já teria direito constitucional de petição frente ao Estado, o que lhe confere legitimidade para propor à Administração o que bem entender. Por esse ângulo, o parágrafo parecia até dispensável, não fosse o dever que impunha à Administração de apreciar a proposta e respondê-la fundamentadamente, fosse para rejeitá-la, fosse para acatá-la (e então promover a licitação respectiva). Nesses termos, a proposta de contrato do “*interessado*” deveria ser analisada pelo órgão gestor juntamente com as demais propostas dos co-legitimados, inclusive o Estado, sob pena de viciar a escolha dos projetos prioritários por descumprimento deste par. único. Ou seja, o parágrafo único do art. 2º definia que a PPP poderia originar-se de iniciativa tanto do Estado quanto do particular.

²⁴⁷ *Era assim a redação do par. único do art. 2º: “É assegurada a qualquer interessado a apresentação à Administração Pública de proposta de contrato de parceria público-privada nos termos da legislação vigente, sem prejuízo da sua participação no respectivo processo licitatório”.*

O órgão gestor será instituído por decreto,²⁴⁸ vinculado à Administração direta – portanto, desprovido de personalidade jurídica – e dotado de competência para exercitar as funções diretamente relacionadas com a instituição da PPP, com a escolha do parceiro privado e com o controle da execução do contrato (incs. I a IV, art. 14). Há previsão de sua composição por integrantes indicados pelos Ministérios do Planejamento, Fazenda e Casa Civil (art. 14, § 1º) prevista apenas a participação, nas reuniões do órgão gestor, de representantes dos órgãos da Administração direta (logo, sem representação de agência reguladora²⁴⁹) com competência pertinente ao objeto do futuro contrato de PPP (art. 14, §2º).²⁵⁰

²⁴⁸ Para José Eduardo ALVARENGA (*Parcerias público-privadas* : comentários à lei brasileira, São Paulo : M.A. Pontes, 2005, p. 50), a delegação da criação do órgão gestor ao chefe do Poder Executivo padece de inconstitucionalidade, frente à proibição do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal (“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”). Não se acolhe essa douta opinião porque o princípio da reserva legal em sentido estrito foi contemplado pelo art. 14 da Lei de PPP, ao estabelecer suficientemente toda a estrutura e a função do órgão gestor, deixando a fazer apenas o aperfeiçoamento formal do órgão instituído. A interpretação conforme à Constituição induz à proibição de que o Presidente da República tenha a iniciativa original e isolada de criar o órgão – que neste caso não terá sido dele, mas sim da Lei de PPP.

²⁴⁹ As agências reguladoras são autarquias, portanto pessoas jurídicas da Administração indireta, o que as exclui da previsão do §2º, art. 14. Há advertência no mesmo sentido externada por Luiz Alberto BLANCHET (*Parcerias público-privadas...*, p. 87).

²⁵⁰ Marçal JUSTEN FILHO formulou sugestão destinada a impedir os “meros efeitos de concentração de poder político” que a composição do órgão gestor tende a produzir, ao invés de conferir legitimidade sócio-política ao projeto de PPP: “A primeira providência prática sugerida é a abertura das atividades prévias ao desencadeamento da licitação à participação de instituições da sociedade civil. Isso significa o dever de a Administração consultar instituições não estatais sobre os projetos de PPP. Uma solução seria a criação de uma ‘Comissão Especial de Controle da Outorga da PPP’.” (*A PPP brasileira e as lições do passado...*, p. 21).

A tarefa primordial nessa fase de instituição da PPP consiste em delimitar a competência do órgão gestor em contraste com as competências de outras esferas da Administração, especialmente das agências reguladoras, seja na concepção, seja no controle do contrato de PPP. O inc. III do art. 14 expõe a sutileza da repartição de competências, ao atribuir ao órgão gestor “*autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital*”. Não existe dúvida de que as duas tarefas não são subseqüentes: entre a autorização para iniciar a licitação e a aprovação do edital situa-se a fase de elaboração do conteúdo do edital. Tanto essa providência quanto a realização da licitação são atribuíveis às agências reguladoras (ou ao Ministério envolvido na PPP, conforme previsão do art. 15 da Lei de PPP) e não ao órgão gestor.²⁵¹

Já por esse entrelaçamento de competências pode-se concluir que a enumeração do art. 14 é taxativa.²⁵² Vale dizer: não se pode ampliar nem por analogia o rol de atribuições que o art. 14 estabeleceu para o órgão gestor de PPP, sob pena de invadir competência alheia expressamente definida.

Em relação ao controle do cumprimento do contrato de PPP, prevê-se a dois momentos formais específicos. O primeiro refere-se ao controle interno e preliminar da PPP, por intermédio de relatório de *execução* (art. 14, inc. IV), que deve ser elaborado presumivelmente pelo sujeito que figurar como parceiro público e submetido à apreciação do órgão gestor de PPP, com o objetivo de conferir a perfeição formal do cumprimento do contrato. A segunda ocasião que a Lei de PPP prevê como oportunidade de controle da PPP está disposta no § 5º e consiste em controle externo e posterior da PPP, por meio de relatório de

²⁵¹ “*Desse modo, deve-se reconhecer que as competências adicionais estabelecidas pela Lei 11.079/2004 para as agências reguladoras envolvem especificamente (a) a necessidade de submissão do edital de licitação ao órgão gestor, (b) o acompanhamento e fiscalização específicos dos contratos de PPP e (c) a necessidade de encaminhamento de relatórios semestrais a respeito da execução dos contratos de PPP.*” (CARDOSO, André Guskow. *O papel das agências reguladoras nas parcerias público-privadas*. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 375).

²⁵² Tal é a compreensão de Luiz Alberto BLANCHET (*Parcerias público-privadas...*, p. 84).

desempenho, a ser elaborado pelo órgão gestor e submetido ao Congresso Nacional e também ao Tribunal de Contas da União.

Esse segundo relatório destina-se a abordagem diferente do que apenas averiguar a fiel execução das cláusulas contratuais. A segunda espécie de controle desce, por um lado, à análise dos efeitos concretos pretendidos com a instituição da PPP – trata-se de confirmar o alcance dos *outputs* da PPP.²⁵³ Por outro, não servirá para verificar unicamente o cumprimento das obrigações contratuais (objeto do *relatório de execução*), mas sim para apurar se o modelo estruturante concebido ainda no edital terá sido apropriado para alcançar os objetivos concretos do contrato – trata-se de estimar a aptidão dos *inputs* da PPP. Será uma oportunidade para delimitar a eventual ocorrência de defeitos de concepção da PPP que causem a inviabilidade do adimplemento de obrigações pelos parceiros e comprometam o sucesso do empreendimento.²⁵⁴ Ou seja, a análise do *relatório de desempenho* permitirá analisar os períodos anterior (concepção) e posterior (efeitos) à execução do contrato de PPP. Ao contrário do *relatório de execução*, o *relatório de desempenho* submeterá a PPP ao necessário proferimento de um juízo de valor, ainda que subordinado a parâmetros estipulados no edital e refletidos no contrato de PPP.

§ 2. A investigação do *Value for Money*

A iniciativa de instituir uma parceria público-privada não se restringe a tarefa da Administração Pública. Nada impede que a detecção de um

²⁵³ Pela definição bastante resumida de Philippe COSSALTER, “antes de outorgar um contrato de PFI, a Administração deve definir precisamente suas necessidades em termos de serviços (ou de resultados, *outputs*), sem se preocupar com a maneira de os produzir (*inputs*).” (A “private finance initiative”..., p. 444).

²⁵⁴ Como o *relatório de desempenho* tem periodicidade anual, isso significa que a Lei protelou a apuração desses eventuais defeitos de concepção para fase adiantada da execução da PPP. O inconveniente poderia ser contornado pela incorporação à Lei de PPP da previsão de dever jurídico descrito por Marçal JUSTEN FILHO: “A terceira alteração sugerida é a imposição de um dever de diligência em face dos licitantes, no sentido de que a eles incumbe apontar formalmente os defeitos identificados nas concepções administrativas, sob pena de responsabilização solidária.” (A PPP brasileira e as lições do passado..., p. 22).

negócio público seja promovida pelo setor privado, que transmite ao setor público a necessidade de determinado serviço público ou de infra-estrutura. A partir de então, inicia-se a fase decisória interna da Administração sobre instituir ou não a parceria público-privada. Essa fase consiste na avaliação econômica da parceria público-privada e na justificativa para celebrá-la, basicamente centradas na apuração do *Value for Money* envolvido na contratação – que corresponde ao escopo do estudo técnico referido pelo inc. I e das estimativas aludidas nos incisos II e IV, todos do art. 10 da Lei de PPP.

A expressão *Value for Money* é inconfundível, embora relacionada, com o *Best Value for Money*.²⁵⁵ Este representa o objetivo que a Administração persegue durante o processo de elaboração e contratação da PPP; aquele consiste em uma pesquisa a partir de cujo resultado a Administração profere a decisão de submeter ou não o projeto pesquisado a um contrato de PPP, de modo que a decisão aponte para a melhor utilização dos fundos públicos.²⁵⁶

O dimensionamento do *Value for Money* durante a fase da tomada de decisão de contratar, define se a configuração de um certo projeto deve ser submetida ou não a um contrato de PPP. Para tanto, adota-se um padrão de desempenho ótimo, excluída a PPP, que servirá como termo de comparação, denominado *Public Sector Comparator* (PSC).²⁵⁷ A decisão de realizar projeto por meio de PPP requer a prévia investigação das melhores condições econômicas passíveis de serem obtidas pelo Poder Público, sem a participação da iniciativa privada, para o empreendimento em questão. Isso envolve inclusive a

²⁵⁵ O “*teste da estrutura do contrato*” no Reino Unido, que não é obrigatório desde o ano de 2000, baseava-se na necessidade de o projeto de PPP (PFI) ganhar de eficiência de modo a reduzir a 80% o preço que seria pago pela Administração. (COSSALTER, A “*private finance initiative*”..., p. 451).

²⁵⁶ COSSALTER, A “*private finance initiative*” ..., p. 447.

²⁵⁷ Conforme António POMBEIRO, “O PSC é definido como o melhor projecto que poderia ser realizado e financiado diretamente pela Administração Pública – em ‘procurement’ tradicional – para efectuar, com todos os requisitos especificados, o provimento do serviço e atingir os mesmos objetivos que o projecto PPP/PFI.” (As PPP/PFI..., p. 116).

aptidão do Poder Público para realizar, sem a participação da iniciativa privada, o mesmo projeto em questão.²⁵⁸ É por intermédio da investigação do *Value for Money* (sinônimo da “*melhor utilização dos fundos públicos*”)²⁵⁹ que se obtém a dimensão das vantagens socioeconômicas a serem alcançadas por meio de um contrato de PPP. Essas vantagens relacionam-se diretamente com a eficiência econômica perseguida pela instituição da parceria público-privada; em outras palavras, envolvem a obtenção da melhor relação custo-benefício possível.

A eficiência econômica da parceria público-privada se estabelece a partir de um panorama de escassez, não apenas de recursos financeiros estatais, mas também, eventualmente, de demanda. A apuração do *Value for Money* é obrigatória porque a busca do *Best Value for Money* consiste em diretriz do art. 4º, inc. VII, da Lei de PPP. Sua aplicação estabelece que a parceria público-privada será avaliada como necessária diante da baixa atratividade natural de determinada prestação de serviço, seja pela virtual impossibilidade ou dificuldade extrema de cobrança de tarifa (como em parte dos serviços de limpeza urbana), seja pela inviabilidade econômica do produto da cobrança de tarifa, por exemplo, quando não houver usuários em quantidade suficiente para conferir rentabilidade à exploração do serviço apenas por meio da tarifa deles recolhida.

§ 3. Limites da despesa pública e a Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei nº 11.079 estabelece um complexo de disposições destinadas a impedir que a despesa pública gerada pela PPP acarrete o comprometimento desmesurado das finanças públicas federais com os projetos de parceria público-privada.

²⁵⁸ “O comparativo do setor público é um indicador do custo global da realização de obras ou da gestão de um serviço pela Administração. A pesquisa do *Value for Money* consistirá em comparar o CSP com os custos previsíveis em um contrato de PFI.” (COSSALTER, A “*private finance initiative*” ..., p. 446).

²⁵⁹ COSSALTER, A “*private finance initiative*” ..., p. 447.

A aplicação conjugada (e por vezes sobreposta)²⁶⁰ da Lei de PPP com a Lei de Responsabilidade Fiscal tem como objetivo a preservação das metas de resultados fiscais consolidadas na lei de diretrizes orçamentárias, conforme estipulação do art. 165, § 2º, da Constituição. A Lei de Responsabilidade Fiscal, por seu art. 4º, § 1º, refletiu a norma constitucional ao dispor que as metas fiscais estipularão as “*receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes*”. A grandeza desses parâmetros deve ser mantida quando for gerada a despesa relativa a um projeto de PPP federal, de acordo com as condições do art. 10 da Lei de PPP.

Os incisos do art. 10, no capítulo sobre a licitação, condicionam a abertura do processo concorrencial à realização de estudo técnico contendo as estimativas de impacto orçamentário e amparando a autorização da autoridade competente, como forma de compromissar o agente público com a composição de um cenário o mais fiel possível às diretrizes do art. 4º: em especial, eficiência, responsabilidade fiscal, transparência e sustentabilidade financeira. O inc. III do referido artigo, por exemplo, repete o art. 16, inc. II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao exigir que o ordenador da despesa declare a compatibilidade do aumento da despesa com o plano plurianual e o orçamento legislado. A adoção da repetição direta pelo legislador, embora de aparente má técnica, surte ao menos dois efeitos: a unidade do regime jurídico sobre gestão de finanças públicas para as três espécies de concessão e a reduzir o campo hermenêutico do intérprete. O que acessoriamente exterioriza a PPP brasileira como integrante de uma diretriz governamental com o objetivo de estruturar um sistema concertado de concessões de serviço público.

Os limites do endividamento da União com contratos de PPP vinculam-se ainda a dois critérios cumulativos, caracterizados pelo caráter

²⁶⁰ Em relação às diretrizes dos incs. II e IV, do art. 10, da Lei de PPP, Cesar A. Guimarães PEREIRA considerou que “*Há redundância na preocupação de assegurar o cumprimento da LRF e a transparência na determinação dos montantes envolvidos*”. (*O processo licitatório das PPP...*, p. 221).

temporal e relativo, estipulados pelo art. 22. Ambos elegem como referência para a contabilização pública o percentual de 1% da receita corrente líquida²⁶¹ da União: a contratação de nova parceria público-privada fica vedada caso, no ano anterior, a sua despesa total continuada²⁶² com as parcerias público-privadas já contratadas exceda àquela porcentagem de receita e, adicionalmente, a previsão de despesas com as parcerias público-privadas já contratadas nos seguintes 10 anos não tenha alcançado também 1% da receita líquida projetada para esses anos. A vedação foi repetida no *caput* do art. 28 para impedir, pelos idênticos critérios, a concessão de garantia ou transferências voluntárias da União para Estados, Municípios e Distrito Federal.

Discute-se a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de PPP, porque sua vigência impediria a utilização da PPP pela extensa maioria dos entes federados.²⁶³ O menor valor contratual admitido para uma PPP (R\$ 20 milhões) diluído pelo prazo máximo da Lei (35 anos) implicaria na parcela anual mínima de R\$ 571 mil, o que induz à necessidade, pelo art. 28, de que o ente federativo,

²⁶¹ A definição de receita corrente líquida da União está contida no art. 2º, inc. IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal, como o somatório de todas as receitas correntes deduzidas as transferências compulsórias aos Estados e Municípios, contribuições sociais e previdenciárias. A despesa obrigatória de caráter continuado está conceituada pelo art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo qual essa modalidade de despesa corresponde a período superior a dois exercícios.

²⁶² Vera MONTEIRO defende que a despesa pública emanada de contratos de PPP seja contabilizada como obrigação de caráter continuado, e não como dívida pública consolidada, porque a obrigação futura (art. 98 da Lei nº 4.230/64) assumida pelo Estado na PPP não se confunde com a definição de *obrigação financeira* do art. 29, I da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não havendo, tecnicamente, obrigação financeira, não há contabilização como dívida pública consolidada: “A diferença entre um modelo e outro é que no primeiro basta o atendimento aos requisitos dos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e no outro há uma série de requisitos a serem atendidos, que tornam mais dificultosa a contratação.” (Legislação de parceria público-privada no Brasil : aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 109).

²⁶³ MARQUES NETO, *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental...*, p. 303.

incluindo a sua Administração indireta,²⁶⁴ tenha uma receita corrente líquida anual de R\$ 57 milhões. Isso impediria mesmo Estados-membros de celebrar contrato de PPP, o que seria incompatível com o princípio constitucional da autonomia dos Estados e Municípios.

Em nosso entendimento, apenas isso não seria suficiente para a procedência da crítica. O art. 28 não contém dever para outro ente federado que não a União. Ele não impede que os Estados, Municípios e Distrito Federal celebrem as suas PPP, apenas veda que a União figure como garantidora de pessoa jurídica de direito público interno ou para esta realize transferência voluntária cuja previsão de despesas a longo prazo destoe dos parâmetros que a Lei estabelece como suportáveis para a União. A regra é direcionada para a União e estipula o limite nominal de risco que a União admite assumir ao garantir os outros entes federativos. A decorrência direta para o Estado ou Município cuja despesa continuada com PPP, contratada no ano anterior ou prevista para os 10 anos seguintes, ultrapasse 1% da receita corrente líquida nos respectivos períodos é que o seu programa de PPP não será garantido pela União. Não existe nisso – nem pela indução de condutas alheias pela União – desvirtuamento quanto à generalidade da norma ou invasão de competência privativa dos outros entes federativos.²⁶⁵

Por outro lado, a caracterização da norma do art. 28 como norma de direito financeiro exigiria sua aprovação por meio de lei complementar,

²⁶⁴ Para Vera MONTEIRO, a receita das empresas não-dependentes não poderiam integrar o cálculo da receita corrente líquida, pois esse conceito não se ajusta àquelas entidades (*Legislação de parceria público-privada no Brasil...*, p. 107). A aplicação desse critério amplia o rol de pessoas de direito público interno economicamente aptas a cumprir o art. 28. Quanto à apuração das despesas com contratos de PPP, o §2º do art. 28 estipula que integrem esse cálculo as despesas previstas com PPP celebradas por todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, Distrito Federal ou Município em questão.

²⁶⁵ Essa também é a compreensão de Luiz Alberto BLANCHET, para quem “a finalidade é a de propiciar a verificação das condições subordinadas aos limites fixados no ‘caput’ do artigo [28] em exame, e não a de impedir a contratação da parceria pelo Estado, Distrito Federal ou Município.” (*Parcerias público-privadas...*, p. 115).

conforme determina o art. 163, inc. I, da Constituição. Nesse caso, nenhuma regra da Lei de PPP sobre disposição de receita e limitação de despesa (inclusive e especialmente os artigos 16, 18 e 22, da Lei de PPP) teria cumprido a condição, embora os dispositivos reiterando a Lei de Responsabilidade Fiscal possam receber aplicação direta dessa lei complementar.

No entanto, ao contrário da proibição de prestar garantia ao contrato de PPP de outro ente federativo, padece de inconstitucionalidade a vedação integral das transferências voluntárias (inclusive as desvinculadas de qualquer PPP e flagrantemente quanto àquelas já ajustadas e ainda não aperfeiçoadas), por desvio de poder,²⁶⁶ quando prevê efetivo sancionamento, embora por via transversa, ao Estado ou Município cuja conduta não se conformar à regra restritiva. Logo, assume-se que a eficácia do art. 28 restringe-se à vedação de garantia ou de transferência voluntária diretamente relacionada à realização de projeto de PPP.

De todo modo, as restrições legais para o controle da produção do gasto público destinam-se a evitar um desencontro de referência recorrente que acometeu o sistema de auto-estradas portuguesas concessionadas sem custo para os utilizadores, denominado Sistema SCUT, lançado em 1997 pelo Decreto-Lei nº 267/97. A parceria público-privada que permitiu a construção de mais de 1.000 quilômetros de rodovias exigiu das entidades privadas o ingresso do capital fixo e a administração da concessão, com o Poder Público subsidiando o pagamento da tarifa, permitindo que os usuários nada desembolsassem diretamente pelo uso. Porém, a crítica que se fez é que a estimativa de custo individual de cada um dos projetos não foi considerada em relação à estimativa anual da somatória dos projetos ao longo do tempo de duração, o que inviabilizaria o pagamento dos contratos. Ou, quando menos, o montante empenhado nesse único programa teria esvaído o orçamento integral previsto para obras de infra-estrutura em Portugal, impedindo novos investimentos similares em outras áreas estruturais.

²⁶⁶ Conforme apuração de Vera MONTEIRO (*Legislação de parceria público-privada no Brasil...*, p. 107).

§ 4. Atenuação das exigências formais

As regras específicas para licitação contidas na Lei nº 11.079 conferem maior flexibilidade na montagem dos projetos de parceria público-privada. A única modalidade de licitação²⁶⁷ admitida para a parceria público-privada é a da concorrência, regulada pela Lei nº 8.666/93 (a cujo regime se reporta o *caput* do art. 12) e acrescida das disposições específicas da Lei de PPP. Portanto, estão excluídas para a parceria público-privada as modalidades contidas no art. 22 da Lei de Licitações: tomada de preços, convite, concurso e leilão. Admite-se, excepcionalmente, a contratação direta da parceria público-privada, sob o idêntico regime admitido para a concessão comum.²⁶⁸

A Lei de PPP consagrou a *instrumentalidade* do processo licitatório – tese que a jurisprudência, a doutrina e a regulamentação infra-legal (pelo Decreto nº 3.555, que regulamentou a Lei do Pregão, nº 10.520) vêm admitindo

²⁶⁷ Existe estimativa pelo qual apenas a fase licitatória da parceria público-privada consumiria, na Europa, recursos equivalentes a 10% do valor total da implantação do projeto. Paul LIGNIÉRES estima que esse percentual para projetos comuns contenha-se na margem de 3% a 5% do valor total destinado ao projeto (*Partenariats...*, p. 11).

²⁶⁸ “O que se pode assinalar é que a constituição de parceria público-privada estará sujeita à regra geral da licitação, admitindo-se contratação direta como exceção – tal como se passa com os demais contratos administrativos.” (JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações...*, p. 34). Renato POLTRONIERI qualificou como desaconselhável a contratação direta de PPP: “Ainda que a Lei de Licitação seja aplicada de forma complementar, subsidiária, pelo princípio da legalidade, ou seja, por não estar expressamente permitido, bem como também nada constar na Lei de Parcerias, deve ser afastada qualquer pretensão da Administração que deseje percorrer esse caminho.” (*Parcerias público-privadas...*, p. 113). Na realidade, a remissão do art. 12, *caput*, à Lei de Licitações implica em permissão expressa para a contratação direta – que não será afastável quando estiverem reunidos seus pressupostos: a inexigibilidade impedirá a Administração de licitar face à (muito rara quer na concessão, quer na parceria público-privada) inviabilidade de competição quanto à gestão global de um serviço público ou, na dispensa, a Administração poder contratar diretamente por emergência (JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões...*, p. 284-286).

para contratos administrativos.²⁶⁹ Especialmente na disciplina da licitação, a Lei de PPP se caracteriza por consolidar de tendências e mitigações praticadas pela jurisprudência acerca de contratações submetidas à Lei de Licitações e também à Lei de Concessões. Isso reforça a defesa de ser possível a complementação, sem revogação nem antinomia real, entre o regime jurídico da PPP e o regime comum,²⁷⁰ o quanto a permitirem os limites da analogia e da interpretação conforme. É o que ocorre com a idéia de instrumentalidade, que contém o postulado pelo qual o processo não seja *fim* dele próprio, mas sim *meio* de produzir determinado resultado prático. A norma nuclear do mecanismo da está contida no art. 12, inc. IV, que faculta ao edital permitir o saneamento de falhas, complementação de insuficiências ou correções formais. A admissão da regularidade de sanar a proposta durante o curso da concorrência subordina-se a limites de qualitativa e de ordem temporal.

As hipóteses de suprimento de falhas e de correções formais repetem o que já se admite difusamente na jurisprudência para contratos administrativos comuns, pelas quais, em geral, permite-se a alteração da proposta destinada a corrigir erro material, porque este se manifesta em contraste com o que pretendia o agente. Em concorrência para contrato de PPP, a alteração será

²⁶⁹ “Não é possível ignorar a tendência de superação dos princípios rigorosamente formalistas que, aparentemente, haviam sido consagrados pelo legislador. Desde a vigência da Lei nº 8.666 comprovou-se a inadequação de uma disciplina que privilegiasse a forma sobre o conteúdo. O processo de aplicação concreta da Lei foi produzindo uma espécie de depuração legislativa, tal como sempre ocorre. Logo, a interpretação da Lei nº 8.666 vem produzindo uma espécie de superação da tradição recepcionada, de molde a que os princípios jurídicos fundamentais sejam efetivamente realizados.” (JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações...*, p. 12).

²⁷⁰ Tal possibilidade é rejeitada por Egon Bockmann MOREIRA: “A Lei das PPPs inaugura, ordena e condensa num só diploma o específico conjunto de normas que apenas a esse instituto são singulares. Seus arts. 1º e 2º foram taxativos ao consignar uma fronteira normativa, numa clara dissociação entre as PPPs e todas as demais licitações e contratações administrativas (incluindo-se aí as empreitadas de obra pública, as concessões e as permissões).” (A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 121).

possível quando servir para a compreensão e a interpretação fidedignas da proposta e não viole o princípio da competição.²⁷¹ No entanto, ao admitir a *complementação de insuficiências*, o inc. IV do art. 12 desfaz a convicção de que o saneamento da proposta não pode alterar a natureza dos seus componentes originais.²⁷² A Lei de PPP abre caminho para que o concorrente torne aceitável a sua proposta mediante a alteração da natureza das informações ou dos documentos nela contidos.²⁷³ Nesse panorama, o único limite constante

²⁷¹ A aplicação do art. 12, inc. IV, por isonomia, para toda licitação (reforçando a idéia da reciprocidade da complementação entre ao regime da PPP e o comum) é defendida por Cesar A. Guimarães PEREIRA, face ao caráter geral da norma frente ao art. 43, § 3º, da Lei de Licitações (*O processo licitatório das PPP...*, p. 231). Considerou sempre sanáveis as alterações de natureza declaratória. As de natureza constitutiva seriam presumivelmente insanáveis por ameaçar o princípio da competição – presunção relativa passível de demonstração em contrário. Logo, o defeito seria insanável caso não tenha conteúdo declaratório e o concorrente não comprove que a alteração mantém incólume o princípio da competição (ob cit., p. 233). O doutrinador aludiu ainda a critério do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que tende a reputar sanáveis os defeitos vinculados a fatos históricos; e insanáveis aqueles que produzam efeito inovador, mesmo que puramente formal – o exemplo foi a modificação do preço da proposta (ob. cit., p. 232).

²⁷² Marçal JUSTEN FILHO defendeu alteração radical da concepção tradicional dos requisitos da licitação (cuja essência reconheceu como contemplada no art. 12, inc. IV), por meio da *“superação das concepções formalistas da licitação, passando a se admitir que todos os defeitos verificados nas propostas sejam corrigíveis e supríveis, inclusive com a possibilidade de juntada de novos documentos.”* (*A PPP brasileira e as lições do passado...*, p. 22). Para Benedicto PORTO NETO, a alteração da proposta depois da revelação do conteúdo das demais propostas comprometeria o princípio da isonomia: *“Daí por que, quanto às propostas, podem ser promovidas as correções que não modifiquem seu conteúdo.”* (*Licitação para contratação de parceria público-privada*. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 154).

²⁷³ O que não é admitido por Luiz Alberto BLANCHET, para quem os ajustes admissíveis na proposta *“devem ser somente aqueles necessários para possibilitar o julgamento pela Comissão e não aqueles necessários para tornar aceitável proposta recusada ou desclassificada [...], somente aqueles sem os quais seria questionável ou impossível a*

literalmente da Lei de PPP para o ajuste da proposta consiste no tempo de realização desse ajuste: o art. 12, inc. IV, admite que as alterações sejam promovidas “*dentro do prazo fixado no instrumento convocatório*”.

O óbice que se opõe ao suprimimento (e especialmente à *complementação de insuficiências*) não enfoca a questão pelo ângulo da relação vertical entre Administração e investidores, mas sim por uma abordagem horizontal entre os concorrentes. Aventa-se a frustração do princípio da isonomia, contando com que haverá concorrentes cuja conduta contempla integralmente a prescrição original e não precisaria valer-se do permissivo para permanecer na competição.²⁷⁴ A flexibilização do modo de apresentação das propostas não encontra inovação correspondente que alcance o princípio constitucional da motivação dos atos da Administração²⁷⁵: ao contrário, em cumprimento ao princípio, o §2º do art. 12 discrimina os critérios que pautarão a qualificação e o julgamento das propostas técnicas e impõe a sua formalização clara e objetiva no edital.

interpretação dos dados da proposta.” (BLANCHET, *Parcerias público-privadas...*, p. 78-79).

²⁷⁴ O argumento não procede porque “*O foco da nova regra é posto sobre a proposta, não sobre os aspectos instrumentais do processo para sua escolha. A Lei 11.079/2004 reduz o processo licitatório ao que ele sempre deveria ter sido: um instrumento para a seleção de propostas, não algo como uma finalidade em si mesmo.*” (PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 234). A prioridade conferida à proposta implica em elevar o seu resultado nominal ao posto de critério primordial da escolha, em detrimento das salvaguardas (como a apuração prévia da idoneidade do proponente) destinadas à sua efetiva realização.

²⁷⁵ Benedicto PORTO NETO reforçou que o dever de motivar alcança a decisão da Administração que opta contratar pelo regime de PPP – art. 10, inc. I, “a” (*Licitação para contratação de parceria público-privada...*, p. 146).

Por outro lado, a omissão do edital – conforme a lei lhe permite²⁷⁶ – em admitir esse suprimento em campo ampliado não implica automaticamente na *proibição* de ajustar a proposta. Diante da inexistência de regra editalícia sobre o saneamento, complementação e correção da proposta, o direito dos concorrentes de ajustá-la não poderá ser exercitado sob a tutela da Lei de PPP, mas sim sob os moldes e limites praticados pelos tribunais, em mitigação do art. 43, §3º, da Lei nº 8.666.

§ 5. *Obrigatoriedade e autoria de projetos*

Existem ao menos dois enfoques acerca dos projetos básico e executivo relativos a parceria público-privada. Em primeiro lugar, emerge a questão da obrigatoriedade ou não da elaboração de projetos, em face do veto ao art. 11, inc. III, que permitia ao instrumento convocatório prever “*a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras, respeitadas as condições fixadas nos incisos I e II do art. 18 da Lei 8987, de 1995*”. Em segundo lugar, discute-se a admissibilidade de o autor do projeto básico participar da concorrência para a execução do projeto.

O veto incidente sobre o art. 11, inc. III, lançou foco sobre a obrigatoriedade da parceria público-privada ser estruturada sobre projeto básico nos moldes do art. 6º, inc. IX, da Lei nº 8.666, e sobre a viabilidade de sua elaboração ser atribuída ao parceiro privado. A defesa da inexigência do projeto básico na PPP deflui de três fatores: (i) a experiência estrangeira, que deixa a definição do projeto básico ao concessionário da PPP;²⁷⁷ (ii) as razões do veto

²⁷⁶ Luiz Alberto BLANCHET não considera discricionária a decisão de incluir ou não a possibilidade do saneamento (*Parcerias público-privadas...*, p. 79) e Cesar A. Guimarães PEREIRA reputa obrigatória a inclusão, cuja omissão é passível de impugnação com base no art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei de Licitações (*O processo licitatório das PPP...*, p. 234).

²⁷⁷ Benedicto PORTO NETO considerou desnecessária a elaboração do projeto básico para que a PPP possa ser submetida a licitação, pois “*quer-se permitir que a iniciativa privada contribua com sua eficiência também na definição do modelo a ser adotado. À Administração está reservada a tarefa de definir os fins a serem alcançados pela parceria; o agente privado pode ficar encarregado de escolher os meios para que eles sejam atingidos.*” (*Licitação para contratação de parceria público-privada...*, p. 148).

presidencial ao art. 11, inc. II, que textualmente pretendeu impedir a interpretação desse dispositivo como obrigatoriedade de realização do projeto básico; e (iii) a aplicação subsidiária do art. 18, inc. XV, da Lei nº 8.987, que exigiria apenas elementos do projeto básico suficientes para caracterizar a concessão, e não todos os elementos do projeto básico.²⁷⁸

A opinião inversa sustenta que o veto do art. 11, inc. II, é insuficiente para impedir a obrigatoriedade do projeto básico nas parcerias público-privadas. Por um lado, as razões do veto não produzem, autonomamente, o efeito normativo inverso ao que estipulava o dispositivo projetado.²⁷⁹ Não se pode inferir que determinada conduta foi permitida apenas porque a norma que a proibia foi vetada. De outra parte, mesmo a liberação em outros países de elaborar o projeto básico não dispensa a realização de um anteprojeto a ser aprovado pela Administração.²⁸⁰ Aliás, isso ocorre mesmo no Brasil, em que esse estudo preliminar é exigível, embora sem o detalhamento que ocorreria em uma licitação de obra – ademais, a aparente dispensabilidade do projeto executivo pelo art. 18, inc. XV, da Lei de Licitações, restringe-se a expurgar os elementos previstos para licitação de obra que sejam incompatíveis com o regime da concessão.²⁸¹ Logo, mesmo para a concessão patrocinada, há necessidade, sim,

²⁷⁸ “Portanto, nos contratos de PPP os projetos – tanto o básico como o executivo – podem ficar a cargo do concessionário. O que se exige do edital é apenas a adequada definição do objeto, isto é, que contenha os elementos que permitam a caracterização das eventuais obras.” (SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas...*, p. 40).

²⁷⁹ “As razões do veto no máximo poderiam servir como vetores interpretativos. Mesmo assim, os fundamentos adotados não podem prevalecer sobre qualquer norma em vigor.” (SCHWIND, Rafael Walbach. *Aspectos relativos à elaboração de projetos nas parcerias público-privadas*. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), *Parceiras público-privadas...*, p. 296).

²⁸⁰ PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 224.

²⁸¹ “Quando a licitação objetivar apenas a concessão ou permissão do serviço não será o caso de elaborar um projeto básico, no sentido utilizado na legislação pertinente à engenharia. Mas deverá promover-se a elaboração de ato equivalente, contendo as informações

de realização de projeto básico com as adaptações pertinentes ao art. 18, inc. XV, da Lei nº 8.987.

A solução consiste em uma conjugação de elementos de ambas as posições, em conformidade com a incidência supletiva das normas pré-existentes à Lei de PPP acerca de concessão e licitação, na medida do aproveitamento permitido pela própria Lei nº 11.079.²⁸²

Em primeiro lugar, o projeto básico (compreendido como o conjunto de elementos que permitam a caracterização da obra – art. 6º, inc. IX, Lei nº 8.666) é condição de validade do edital para licitação de PPP que reúna concessão precedida de obra pública. A existência prévia do projeto básico é obrigatória por força de lei – e não apenas tecnicamente necessário ou recomendável. A remissão direta do *caput* do art. 11 ao art. 18 da Lei de Concessões faz incidir o seu inc. XV na licitação de PPP dotada da característica preconizada no mesmo inc. XV.²⁸³

fundamentais que delineiam o perfil da atividade que constituirá objeto da futura contratação [...] Todas as informações e requisitos que se aplicaria, normalmente, em uma licitação para contratação da obra deverão ser cumpridas, excluídas aquelas incompatíveis com concessão – tais como previsão de recursos orçamentários, limitação do contrato ao prazo de vigência dos créditos orçamentários etc.” (JUSTEN FILHO, Teoria geral das concessões..., p. 213, p. 267).

²⁸² Luiz Alberto BLANCHET defendeu que a aplicação supletiva da Lei nº 8.666 às parcerias público-privadas foi ampliada genericamente pelo art. 18 da Lei de Concessões, que manda a licitação da concessão observar “os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações”. Acrescente-se que essa aplicação duplamente remissiva somente será possível diante da ausência de norma especial incidente sobre idêntico fato na PPP.

²⁸³ Além disso, admitindo-se a aplicação supletiva da Lei nº 8.666 aos procedimentos anteriores ao certame licitatório (recordando que o art. 12, *caput*, parece limitar a aplicação do regime geral ao momento da competição propriamente dita), “Continua em vigor o art. 7º, § 2º, da Lei 8.666/93, segundo o qual as obras e serviços somente podem ser licitados quanto j’houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para o exame dos interessados em participar do processo licitatório.” (PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 224).

Em segundo lugar, o autor do projeto básico da PPP pode participar da licitação para executá-la.²⁸⁴ Tal decorre de disposição expressa do art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.079, ao dispor a aplicação subsidiária à concessão patrocinada da Lei de Concessões e na legislação correlata – como a Lei nº 9.074, cujo art. 31 permite que o autor do projeto básico participe da licitação de contrato de concessão de serviço público.²⁸⁵

§ 6. A repartição dos riscos do empreendimento

O alto preço de remuneração do capital vertido como investimento do parceiro privado na PPP depõe contra uma avaliação positiva da economicidade do projeto e pode refrear a atratividade da parceria público-privada.²⁸⁶

Esse custo decorre não apenas da taxa de juros praticada pelo mercado financeiro (como no caso brasileiro²⁸⁷), mas especialmente da

²⁸⁴ Também consoante o entendimento de Rafael Wallbach SCHWIND (*Aspectos relativos à elaboração de projetos nas parcerias público-privadas...*, p. 319).

²⁸⁵ Egon Bockmann MOREIRA reputou que “A lógica da cooperação indica que os interessados podem apresentar os projetos básico e executivo e também participar do certame. Não como um resultado do veto, mas sim como algo ínsito às PPPs (isto é, o veto foi supérfluo).” (*A experiência das licitações...*, p. 131).

²⁸⁶ Aluda-se à idéia de *custo da transação*, referida por Marçal JUSTEN FILHO a partir de formulação de Robert COASE (*The firm, the market and the law*, Chicago/Londres : The University of Chicago, 1988): “Um ponto de grande relevância reside no reconhecimento de que a incerteza e a insegurança quanto aos efeitos custos de transação produzem a elevação dos preços. Em outras palavras, o agente econômico ‘precifica’ sua própria insegurança. A elevação da margem de risco reflete-se no aumento dos preços praticados por um agente econômico, até atingir o ponto em que o risco é tão elevado que o sujeito prefere evitar a realização do negócio” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de rodovias : a experiência brasileira*. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 234).

²⁸⁷ Dentre as explicações para o Brasil manter a taxa de juros mais alta do mundo situa-se a debilidade do mercado doméstico de capitais causada justamente pela ausência de experiência e condicionamento para oferecer financiamentos de longo prazo para projetos de infra-estrutura com prazo longo de amortização.

configuração peculiar dos riscos de projetos complexos inovadores e de regra sem auto-sustentabilidade, cujos contratos têm longo prazo de vigência. A isso acresce um custo político compensado pela diminuição do risco econômico envolvido na PPP (representado pela contraprestação adicional à tarifa pelo parceiro público), o que é compatível com a ausência ou a inadequação de políticas públicas sem adaptação à dinâmica da parceria público-privada. A partilha dos riscos pugnada pelo sistema da parceria público-privada brasileira pressupõe que a possibilidade de cumprimento satisfatório do contrato de PPP aumenta à proporção que os parceiros distribuam as diversas espécies de risco envolvidos na PPP para o parceiro que detiver condições mais bem municiadas de suportá-lo.

Há dois dispositivos fundamentais na Lei de PPP acerca da redistribuição dos riscos. O primeiro consiste na diretriz do art. 4º, inc. VI, que qualifica a repartição dos riscos como *objetiva*. Pretende-se que o contrato de PPP seja formatado sobre a distribuição calibrada e claramente definida de atribuições entre os parceiros. Para tanto, os riscos devem ser expressamente atribuídos entre os parceiros, cuja decisão sobre assumir determinado risco deve ser demonstrada por apuração de dados concretos. Essa transferência de riscos deve depender da habilidade de cada um dos parceiros dos setores público e privado a atenuar cada risco com eficiência. É preciso fornecer uma vantagem em nível ótimo aos usuários ao mesmo tempo em que os riscos e as recompensas são imputados apropriadamente ao parceiro mais apto a absorver e a atenuar os custos a eles inerentes. Tal prática é inversa à qual não se consideram todos os custos reais associados a um serviço e se transferem os riscos a apenas um dos pólos contratuais, ordinariamente ao concessionário.

O segundo situa-se no art. 5º, inc. III, que inclui como realocáveis os riscos referentes a “*caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*”. O serviço público prestado sob concessão comum é desempenhado por conta da Administração²⁸⁸ e risco do concessionário²⁸⁹ – diga-

²⁸⁸ Confira-se, nesse sentido, a ponderação de Marçal JUSTEN FILHO: “*Afinal, a concessão não é – senão em uma concepção vulgar – uma privatização. Se o serviço permanece sendo*

se, apenas o risco ordinário. O risco do empreendimento de concessão de serviço público classifica-se como risco ordinário (ou normal) e risco extraordinário. O ordinário é o risco inerente ao próprio negócio, que depende da cobrança de tarifas em volume suficiente para prestar o serviço (e construir obras, sendo o caso), amortizar o investimento, produzir lucro e remunerar os investidores. A delimitação teórica do risco extraordinário, por outro lado, emerge de dispositivos da Constituição e da Lei nº 8.666 e da Lei nº 8.987.

O art. 37, inc. XXI, da Constituição, prevê que serão “*mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*”, o que induz à consagração da modelagem de desempenho da atividade pelo particular, tal como concebida em sua proposta. Conforme preconizado pela Constituição, a lei estipulou os termos em que se assentam essa modelagem: o art. 65, inc. II, “*d*”, da Lei nº 8.666, permite que as partes consensualmente alterem o contrato²⁹⁰ para restabelecer o equilíbrio original entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, alterado por fatos imprevisíveis ou previsíveis de efeitos imponderáveis e impeditivos da execução do contrato, ou ainda por “*álea econômica extraordinária e extracontratual*”, mencionados o caso fortuito, força maior e fato do príncipe. Essa ressalva da Lei de Licitações acerca de eventos

público, como seria possível afirmar que passaria ele a ser prestado ‘por conta’ do concessionário? É evidente que o serviço delegado é prestado por conta do poder concedente.” (Teoria geral das concessões..., p. 77).

²⁸⁹ Agregue-se ainda outra ressalva: “Assim colocada a questão, evidencia-se que a concessão importa, antes de tudo, a transferência dos riscos do empreendimento para os próprios usuários.” (JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões...*, p. 72).

²⁹⁰ A alteração do contrato aventada pelo art. 65, *caput*, da Lei nº 8.666, configura na realidade uma restauração do contrato, porque “É certo que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a mutabilidade dos contratos administrativos. Contudo, é igualmente certo que essa característica vale apenas para as cláusulas regulamentares do contrato. Contrapõem-se a estas as ditas cláusulas financeiras, que são abrangidas pela intangibilidade prevista no artigo 37, XXI, da Constituição Federal.” (NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 184).

alheios ao controle e à vontade dos contratantes significa que eles não integram “*as condições efetivas da proposta*”: constituem risco extraordinário à avença original, cujos encargos dele derivados não precisam ser suportados pelo particular,²⁹¹ mas sim pela Administração.

Portanto, a legislação sobre contratos administrativos comuns dispõe que cumpre ao concessionário assumir o risco ordinário, enquanto que à Administração cabe o risco extraordinário. Assumir o risco, vale dizer, equivale a definir o titular da responsabilidade de arcar, com seu patrimônio, com as decorrências financeiras da ocorrência do resultado previsto.

Na parceria público-privada, diversamente, transfere-se a disciplina da atribuição do risco extraordinário para a órbita contratual, subordinada à conveniência das partes, retirando-a da esfera de definição padronizada legislativamente. A exclusão pelo art. 5º, inc. III, de eventos que integram o risco extraordinário consagrou a permissão às partes distribuir o risco extraordinário não mais apenas à Administração, mas compartilhá-lo ou mesmo imputá-lo integralmente ao parceiro privado. Logo, a parte final do art. 5º, inc. III, permite vedar que a Administração recomponha, total ou parcialmente, o equilíbrio econômico-financeiro da parceria público-privada, conforme o risco extraordinário ao parceiro privado seja previamente realocado pelo contrato em parte ou no todo.²⁹²

²⁹¹ O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é direito subjetivo e disponível do particular, pois o art. 65, *caput*, prevê que os contratos “*poderão ser alterados*” por acordo das partes. Sem exprimir dever à Administração de adotar de-ofício as providências para reequilibrar o contrato, nada impede que não sobrevenha essa alteração e com isso o particular se conforme, assim assumindo tacitamente o risco extraordinário que originariamente não lhe estava atribuído.

²⁹² “*O fato de que o parceiro privado passa a assumir parte do risco extraordinário significa que ele não poderá exigir do Estado a recomposição da equação econômico-financeira quando houver desequilíbrio contratual decorrente, por exemplo, de força maior. Ao menos não poderá fazê-lo até a proporção em que se comprometer, de acordo com o contrato firmado.*” (NESTER, *O risco do empreendimento...*, p. 189).

A Lei de PPP estabelece um modelo de compensação proporcional das diversas modalidades de risco para o parceiro privado. Destaque-se que não se trata de eliminar os riscos do negócio,²⁹³ o que seria contraditório até com o sistema capitalista instituído pela Constituição Federal, mas sim de distribuí-los entre os parceiros por meio do remanejamento dos riscos: ao acréscimo do risco político corresponde uma diminuição compensatória do risco econômico.

É o que ocorre, por exemplo, com a contraprestação do parceiro público adicionalmente à tarifa (art. 2º, § 1º), a remuneração variável de acordo com o alcance de metas de desempenho (art. 6º, par. único) e o compartilhamento com a Administração de ganhos econômicos em refinanciamentos (art. 5º, inc. IX). Além disso, a Lei atribui vantagens mais amplas aos financiadores privados da parceria, como o atalho consistente na transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, a fim de manter a continuidade do serviço (art. 5º, § 2º, inc. I) e em empenhos do parceiro público diretamente para a entidade financiadora da parceria (art. 5º, § 2º, inc. II).

§ 7. Consulta pública e licenciamento ambiental

Os incisos I a V do art. 10 da Lei de PPP estabelecem os parâmetros do estudo técnico de ordem financeiro-orçamentária, acompanhado das declarações e autorizações acerca da pertinência e compatibilidade das obrigações contraídas pelo Poder Público em determinado contrato de PPP. Os dois últimos incisos do art. 10 referem-se à consulta pública do edital e da minuta do contrato (inc. VI) e ao licenciamento ambiental (inc. VII).

²⁹³ “Ou seja, a manutenção do risco do empreendimento na esfera do concessionário não significa vedação a que o Estado forneça subvenções diretamente ao concessionário ou determine a cobrança de tarifas proporcionais à capacidade contributiva dos usuários, na medida em que tal seja possível. [...] Assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade impõem que o Estado atue a fim de evitar que determinados serviços essenciais sejam prestados exclusivamente sob o critério de risco empresarial e, conseqüentemente, deixem de ser usufruídos pelas parcelas mais carentes da população.” (NESTER, *O risco do empreendimento...*, p. 176-177).

A consulta pública emana da diretriz da transparência e configura condição para a abertura do processo licitatório.²⁹⁴ O dever de promover publicação na imprensa não alcança exatamente o edital e a minuta do contrato, mas sim apenas o aviso contendo justificativa para a contratação, identificação do objeto, prazo contratual e valor estimado. O edital, a minuta do contrato e mais todas as informações a eles pertinentes devem estar disponíveis à consulta da Sociedade, embora não apenas isso: é adequado que a Administração cumpra a diretriz da transparência adotando conduta ativa em relação à satisfação da exigência.²⁹⁵ A consulta pública não se restringe a formalidade meramente ratificadora, mas visa à ampliação da participação para que a parceria público-privada alcance máxima e efetiva legitimidade social.

Em relação à licença ambiental, o inc. VII aludiu a licença ambiental *prévia*, que é a modalidade que permite a elaboração do projeto básico, e à expedição das diretrizes para futuro licenciamento; a adoção de uma das opções definirá a titularidade do dever de obter a licença *prévia*.²⁹⁶

²⁹⁴ Benedicto PORTO NETO situou a consulta pública na fase externa da licitação, “*porque a consulta pública já é ato do procedimento, e não propriamente condição para que ele seja instaurado*” – imprecisão de redação que “*não traz prejuízo, porquanto, sendo a consulta pública condição para a válida realização da licitação, integra o procedimento.*” (*Licitação para contratação de parceria público-privada...*, p. 149).

²⁹⁵ Quanto à compatibilidade entre o modo de divulgação da informação pelo Poder Público e o atendimento da diretriz da transparência, mencione-se o enfoque análogo de Egon Bockmann MOREIRA acerca da Lei de Responsabilidade Fiscal: “*Note-se que essa ‘disponibilidade’, prevista no art. 49 da LRF, não pode ser compreendida sob um ângulo de inércia estatal, no sentido de os documentos serem meramente ‘produzidos’ e ‘arquivados’.* É imperioso que se dê notícia à população de que os instrumentos estão à sua disposição, em local público, conhecido e de fácil acesso.” (O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal*, São Paulo : Dialética, 2001, p. 144).

²⁹⁶ Conforme Cesar A. Guimarães PEREIRA, a alternativa de estabelecer diretrizes, em vez de obter a licença de imediato, induz a que o licenciamento seja atribuído ao parceiro privado (*O processo licitatório das PPP...*, p. 223).

Quanto à obrigatoriedade, o licenciamento é exigível para projetos que possam causar significativo impacto ambiental, sendo dispensável para aqueles cuja natureza resulte em baixo impacto. Quanto ao momento para obter a licença, define-se pelo art. 225, inc. IV, da Constituição, que ordena à Administração a exigência do estudo prévio de impacto ambiental quando a instalação de uma obra ou atividade possuir potencial de degradação ambiental. Em relação ao período de vigência, apenas indique-se a viabilidade da prorrogação da licença ambiental²⁹⁷ para equacionar o descompasso entre a vigência presumível de contratos de PPP – que podem estender-se por até 35 anos – e o prazo de validade das licenças de cinco anos (prévia), seis anos (instalação) e dez anos (operação), que tendem a ser ultrapassados em vista da magnitude de projetos de PPP.

§ 8. Critérios de julgamento e a ordem das fases

O art. 12, inc. II, da Lei de PPP, restringe a adoção dos critérios de julgamento previstos no art. 15 da Lei nº 8.987 a dois de seus incisos: menor tarifa (inc. I) e combinação da menor tarifa com melhor técnica (inc. V). Portanto, não serão aplicados à licitação da PPP os demais critérios previstos no art. 15 da Lei de Concessões: maior oferta pela outorga; combinação dois a dois da menor tarifa, da maior oferta pela outorga e melhor oferta pela outorga após a qualificação técnica; melhor técnica; e melhor oferta após a qualificação, isoladamente.

As alíneas “a” e “b” do inc. II, art. 12, prevêm adicionalmente como terceiro e quarto critérios de julgamento o menor valor da contraprestação da Administração ao parceiro privado e a combinação da menor contraprestação com a melhor técnica, cuja definição será estipulada por pesos atribuídos pelo edital e que compartilham a natureza de norma de racionalidade da decisão com os *fatores* e as *pontuações*²⁹⁸ que estiverem identicamente previstos no edital.

A precedência do julgamento das propostas em relação à fase de habilitação faz todo sentido no regime do pregão, em que o objeto se caracteriza

²⁹⁷ De acordo com Luiz Alberto BLANCHET (*Parcerias público-privadas...*, p. 68).

²⁹⁸ Conforme acréscimo de Luiz Alberto BLANCHET (*Parcerias público-privadas...*, p. 77).

como *bens e serviços comuns*.²⁹⁹ A menor complexidade do objeto do pregão (ao menos em relação a uma concorrência por técnica e preço, por exemplo) permite à Administração orçá-lo com precisão e baixo custo. A decisão de diminuir a proposta durante o leilão não se subordina a apuração técnica elaborada, diferentemente do que exigiria uma alteração da proposta de tarifa em concessão comum. Por isso que não seria razoável e nem eficiente para ambos os parceiros que o edital de concessão patrocinada preveja lances em viva voz, em conformidade com o art. 12, inc. III, alínea “b”. A concessão patrocinada possui a mesma essência da concessão comum, acrescida da contraprestação pecuniária do parceiro público – o que sem dúvida as distingue marcadamente, mas não em relação aos mecanismos jurídicos que não se interfiram nas causas e nos efeitos dessa prestação adicional. Logo, toda a estrutura da concessão patrocinada aproveita a da concessão comum, inclusive a complexidade ampliada do objeto e do modo de prestação pelo parceiro privado, o que torna inadequada a alteração, por esse método, de propostas complexamente elaboradas. A faculdade de incluir no edital a fase de lances em viva voz amolda-se mais adequadamente à concessão administrativa, em especial quando seu objeto for a prestação de serviço comum diretamente à Administração.

A previsão do menor valor de tarifa como critério de julgamento de propostas corrige a nociva opção do programa brasileiro de privatizações na década de 1990. O critério de maior lance pelas outorgas de concessões mostrou-se amplamente insatisfatório para a economia popular, pois o ágio pago pelas outorgas foi repassado integralmente – e licitamente – para as tarifas, sem mais.

O menor valor de tarifa atende ao princípio da modicidade tarifária e toma em primeira conta o interesse do usuário, conforme diretriz contida no art.

²⁹⁹ É indeterminado o conceito de bem ou serviço comum, que possui como características a disponibilidade no mercado próprio e a padronização: “*Como se vê, o conceito de bem ou serviço comum contrapõe-se ao de bem incomum, anômalo, excepcional, único, heterogêneo, produzido por encomenda. Como decorrência, um bem ou serviço comum qualifica-se por uma espécie de fungibilidade.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., São Paulo : Dialética, 2005, p. 29).

4º da Lei nº 11.079. O critério de melhor técnica privilegia o projeto que se pretende implantar e a capacidade do licitante de executá-la.³⁰⁰ Já a menor contraprestação para a Administração foi a opção preferencial (e única) do programa de privatizações, e por isso sabe-se que tal critério surtirá benefício não diretamente para o usuário, mas sim para a economia dos cofres públicos.

O projeto da Lei nº 11.079 previa uma regra singular, retirada do seu texto final, que consistia na autorização para a Administração adotar, como critério de desempate, a demonstração da responsabilidade social dos licitantes (art. 12, §2º). A apuração do atendimento da responsabilidade social depende da concepção que se adotar acerca da função social atribuível a pessoas jurídicas cujo sentido de existência é produzir lucro.

A função social da empresa exerce a *atividade condicionante* da iniciativa privada, não a sujeitando apenas a limites negativos, mas enquadrando-a em perspectiva positiva direcionada à geração e manutenção de empregos, ao aumento da produção, à preservação da concorrência, à proteção do consumidor, ao pagamento de tributos, ao alcance, enfim, de uma ordem social mais equilibrada, por intermédio do cumprimento dos deveres normativos que lhe são afetos. Ressalte-se que não se trata, como poderia pensar-se à primeira vista, de objetivos externos ao direito: a relevância desses postulados para o direito decorre de a Constituição adotá-los como elementos integrantes da ordem jurídica nacional.³⁰¹

³⁰⁰ “*Nas licitações de meio, o ato convocatório já definiu a técnica a ser adotada. Busca-se selecionar o licitante mais bem qualificado para executar uma técnica previamente escolhida pela Administração. [...] É uma licitação voltada ao exame das condições apresentadas nas propostas dos licitantes para execução da prestação (prestação essa cujos contornos fundamentais já se encontram fixados). Nas licitações de fim, o ato convocatório define o fim a ser atingido e alguns parâmetros a serem observados. [...] É uma licitação voltada ao exame da prestação, cujos contornos não se encontram precisamente fixados.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed., São Paulo : Dialética, 2004, p. 446).

³⁰¹ De maneira diferente acontece com preceitos decorrentes de valoração individual e sem reflexo juridicamente exigível de terceiros, como por exemplo as considerações de cunho

A recorrência do sistema de licitação da parceria público-privada ao regime do pregão repete-se na permissão do art. 13 da Lei de PPP para o edital inverter as fases de habilitação e classificação, de forma que apenas a proposta classificada em primeiro lugar demonstre que supre os requisitos da habilitação.³⁰² Caso não os demonstre, abre-se a proposta do segundo colocado, e assim sucessivamente até que um concorrente os cumpra. Considerando a hipótese de o edital prever a inversão de fases e também a faculdade de suprir deficiências na proposta, pode-se estimar que a proposta mais vantajosa tenderá fortemente ser contratada. Muito embora a participação em concorrência para contrato de PPP tenha a tendência de animar empresas de tradicional experiência em prestação de serviço público e em construção de infra-estrutura, a inversão de fases significa naturalmente um juízo de valor preferencial à proposta mais vantajosa em relação à demonstração da habilitação técnica do seu titular.

Por outro lado, a adoção desse mecanismo protela para o final do certame os eventuais litígios sobre a prova da sua condição do direito de licitar. Nessa fase, com a inversão, a classificação terá definido os preços dos concorrentes, o que definirá o interesse de cada qual em recorrer e potencialmente diminuirá a quantidade de litígios associados à habilitação.

§ 9. O regime de pré-qualificação e lances em viva voz

religioso sobre o trabalho e o lucro. Mencione-se a antiga proibição do lucro pelo credo católico e atualmente à observância, por algumas religiões, do absentéismo laboral em determinados dias.

³⁰² José Eduardo ALVARENGA identificou incompatibilidade entre a adoção do critério de melhor técnica com a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, reservando a inversão das fases para quando o critério de julgamento for *menor tarifa* ou *combinação de menor tarifa com melhor técnica* (art. 15, incs. I e V, Lei nº 8.987) ou ainda *menor contraprestação* (art. 12, inc. II, “a”, Lei de PPP). (ALVARENGA, *Parcerias público-privadas...*, p. 48).

A faculdade de adotar a pré-qualificação (art. 12, inc. I)³⁰³ de propostas aponta para a ampla mobilidade das fases da concorrência. O art. 114 da Lei de Licitações admite o regime de qualificação prévia também para contratos administrativos comuns “*sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica da concorrência*”. Logo, a pré-qualificação coloca em relevo a fase de habilitação dos concorrentes, quando a especificidade do objeto exija sujeito também especialmente capaz de cumpri-lo. Consiste em destacar no tempo a fase de habilitação das fases restantes da concorrência,³⁰⁴ com a convocação futura apenas dos concorrentes que forem legitimados pela qualificação prévia.

O art. 12, inc. I, estipula efeito inverso ao previsto no art. 13, que permite ao edital prever a inversão da ordem das fases de habilitação e de apresentação de propostas e julgamento. A pré-qualificação dissocia a ocasião de realização da fase de habilitação, mantendo-a anterior ao julgamento. A inversão de fases mantém a unidade sucessiva entre as duas etapas, mas estabelece que a fase de apresentação das propostas precederá a etapa de habilitação. Tanto um procedimento quanto outro tendem a evitar a inviabilidade do prosseguimento da licitação enquanto os concorrentes litigam em conflitos gerados pela habilitação.

A pré-qualificação alonga o tempo de realização da licitação, mas diminui o risco de apresentação de propostas inidôneas. A inversão de fases tende a ampliar a participação e a segregar as disputas sobre habilitação para ocasião posterior à identificação da proposta classificada em primeiro lugar e ainda restringi-las presumivelmente a poucos dos concorrentes, cuja proposta mostrar-se competitiva em relação à primeira colocada na fase de classificação. Tais litígios, de todo modo, serão deflagrados em ocasião ainda anterior à apresentação de propostas, o que mantém presente o risco (eliminado na hipótese

³⁰³ Luiz Alberto BLANCHET adverte que não se trata de *qualificação*, mas sim de *classificação*; esta se aplica ao aspecto objetivo da licitação (conteúdo da proposta), aquela recai sobre o seu elemento subjetivo (habilitação dos licitantes) (*Parcerias público-privadas...*, p. 76).

³⁰⁴ JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações...*, p. 658.

de aplicação do art. 13) de eventual acesso dos concorrentes ao Poder Judiciário prejudicar o curso previsto para o certame.

Quanto aos lances em viva voz, sua admissão pelo art. 12, incs. II e III, e §1º, é inovadora em relação ao regime geral de licitações instituído pela Lei nº 8.666, pois implica na alteração da proposta em circunstância imprevista pela Lei de Licitações. Aproxima-se do mecanismo adotado no pregão, instituído pela Lei nº 10.520, pelo qual os licitantes podem apresentar novas e sucessivas propostas de preço até a proclamação do vencedor, nas condições do edital. Em contraposição, o art. 43 da Lei de Licitações estabelece que os licitantes devem apresentar suas propostas de preço em envelope lacrado e de uma só vez, não podendo ser alteradas em nenhuma hipótese.

O inc. III do art. 12 prevê duas opções para o edital, em relação à apresentação das propostas econômicas: ou por escrito em envelope lacrado (alínea “a”), ou por escrito – também em envelope lacrado para preservar o sigilo das propostas, embora a redação seja omissa³⁰⁵ – e em seguida por lances (alínea “b”). Eleita pelo edital a opção da alínea “b”, o §1º estipula procedimento desdobrado em duas etapas. Uma relacionada à ordem dos lances, de aplicação cogente, em que o primeiro concorrente a oferecer lance (cuja quantidade o edital não poderá limitar) será aquele cuja proposta terminou classificada na última colocação. Outra referente ao universo de integrantes da fase de lances viva voz, que precisa ser estipulada expressamente no edital para vigorar: os concorrentes aptos a oferecer lance serão aqueles cuja proposta for no máximo 20% maior que a proposta classificada em primeiro lugar.

Na realidade, o §1º do art. 12 não define propriamente a proposta “*classificada em primeiro lugar*” como o parâmetro sobre o qual incidirá o percentual. Trata-se de uma interpretação que a expressão “*melhor proposta*”, constante da redação do parágrafo, conduz a formular. A revelação do que seja a “*melhor proposta*” será imediata e indubitável quando o critério de julgamento envolver apenas um postulado econômico, como a menor tarifa ou o menor valor

³⁰⁵ Luiz Alberto BLANCHET (*Parcerias público-privadas...*, p. 78) confirma essa como a forma de apresentação das propostas escritas precedentes aos lances em viva voz.

da contraprestação da Administração. Em ambos esses casos, a *melhor* proposta será também a *menor* proposta, eis que atinam a um dado econômico. Contudo, a menção da Lei à *melhor proposta* torna-se problemática se o critério de julgamento adotado incluir um dado técnico, o que ocorrerá com o edital de PPP que previr como critério de julgamento a combinação da menor tarifa com melhor técnica ou a combinação da menor contraprestação com a melhor técnica.

Mas a Lei de PPP definiu expressamente o que seja “*melhor proposta*”: o art. 12, inc. II, alínea “b”, dispõe que o edital poderá adotar como critério de julgamento a “*melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea ‘a’* [menor valor da contraprestação da Administração] *com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital*”. Logo, ou bem se considera que a previsão do art. 12, §1º, inc. II, será legítima apenas quando o critério de julgamento definido pelo edital for aquele do art. 12, inc. II, alínea “b”; ou bem se admite que a expressão “*melhor proposta*” comporta compreensão como “*menor proposta*”, caso o critério de julgamento seja exclusivamente econômico.

Esta segunda proposição é a que nos parece a correta, pois a *proposta escrita* – adotada pelo art. 12, §1º, inc. II, como o parâmetro da margem de 20% para a participação na fase de lances – abrange apenas a proposta econômica, sem cogitar da nota de avaliação técnica.³⁰⁶ Caso o edital preveja a combinação de técnica e preço como critério de julgamento, a restrição será inaplicável e todos os concorrentes, mesmo aqueles cujo valor da proposta escrita

³⁰⁶ Diferentemente, Benedicto PORTO NETO entendeu que “*Quando a licitação adote o critério técnico conjugado com a oferta econômica para julgamento das propostas, os novos lances verbais devem ser empregados na equação que determina sua classificação.*” (*Licitação para contratação de parceria público-privada...*, p. 154). A postulação desconsidera que “*Isso levaria também a um resultado arbitrário, já que haveria a conjugação de dois critérios de avaliação distintos. Não há fundamento lógico para se identificar a melhor proposta por um critério e admitir licitantes para a fase de lances por outro. Alguns licitantes teriam seu direito de participação irracionalmente afetado.*” (PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 229).

suplante por qualquer outro critério o percentual de 20%, poderão oferecer lances.³⁰⁷

³⁰⁷ Essa conclusão acompanha formulação de Cesar A. Guimarães PEREIRA, que questionou a viabilidade de aplicar o art. 12, §1º, inc. II, mesmo que o critério de julgamento seja apenas econômico, na exata medida da invalidade da regra para concorrências com critérios conjugados: “*É possível que os licitantes excluídos invoquem a ausência de fundamento para a discriminação entre os regimes das duas espécies de licitação*”. (*O processo licitatório das PPP...*, p. 230).

Seção 4 – O contrato de parceria público-privada

§ 1. *O vínculo associativo entre os contratantes da PPP*

A celebração do contrato de parceria público-privada consolida a produção de todas as fases antecedentes e aperfeiçoa o vínculo entre os sujeitos da PPP, nos termos definidos no edital e antecipados pela minuta do instrumento contratual. No contrato de PPP estabelece-se uma relação obrigacional peculiar, com duas características notáveis: a natureza associativa do vínculo entre os contratantes da PPP e o sistema de garantias (que será investigado adiante, em tópico apartado) no qual a obrigação e a responsabilidade não são atribuídas à mesma entidade pública – que formam o núcleo desta tese.

O vínculo associativo consolida o compromisso comum dos parceiros com a sincronia entre os efeitos previstos pelo contrato de PPP e os resultados produzidos por sua execução. Cada parceiro tem o dever de promover conduta ativa destinada à prestação de serviço público. A integração de esforços dos parceiros é idéia inerente à PPP. Por isso, é imperioso que a distribuição entre os parceiros das respectivas condutas tendentes a realizar essa prestação esteja ajustada contratualmente do modo mais adequado ao perfeito cumprimento do contrato. A adoção por qualquer dos parceiros de conduta que desnature a repartição da assunção de riscos será ilegítima, senão por frustrar o primordial interesse da prestação adequada do serviço público, então por violar diretriz da PPP consistente na eficiência, no respeito aos interesses e direitos dos usuários e executores do projeto e na preservação das suas vantagens socioeconômicas..

Diferentemente do que ocorre na relação sinalagmática de direito privado, no contrato de PPP não há contraposição entre os interesses das partes contratuais, mas sim convergência deles.³⁰⁸ A figura do vínculo associativo não

³⁰⁸ A finalidade que congrega todas as partes do contrato de PPP, assim com as do contrato de concessão comum, é “*produzir o funcionamento de um serviço público, de modo eficiente, satisfatório e lucrativo. Daí se extrai que o lucro do concessionário integra o interesse do Estado e da Sociedade Civil.*” (JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões...*, p. 63). A lucratividade também emerge como interesse multilateral, embora conforme classificação produzida pelo próprio jurista seja qualificável como objetivo indireto (assim como a

remete ao direito (privado) societário, ao não ser por compartilhar com os seus institutos o esquema associativo, pelo qual as partes não se vinculam como meio de satisfazer interesses recíprocos e contrapostos, mas sim para realizar interesses comuns e afluentes para o mesmo fim.

A natureza associativa do vínculo contratual não configura traço distintivo da PPP em relação à concessão comum. Também na concessão regida pela Lei nº 8.987 o vínculo associativo se estabelece pelo compromisso das partes do contrato com o sucesso da prestação outorgada de serviços públicos.³⁰⁹ Vale identicamente a abordagem do presente trabalho sobre o preconceito contra a interlocução negocial entre a Administração e o setor privado, com base na não-comerciabilidade da função estatal, como se tal importasse na derruição de postulados de conduta inerentes à contratação pública.³¹⁰ A associação produzida pela PPP entre todos os sujeitos do contrato institui como decorrência jurídica o surgimento da responsabilidade por eventual frustração dos resultados da PPP. Nesse sentido, será viável (tanto na PPP quanto na concessão comum) que a instituição financiadora, por exemplo, seja devedora de indenização aos parceiros por ter deixado de liberar no tempo e na quantidade contratados os recursos a serem vertidos na execução de projeto de PPP.

modicidade tarifária): “*O objetivo direto e imediato de todas as partes é a prestação de serviços públicos satisfatórios.*” (ob. loc. cit.).

³⁰⁹ Tanto na concessão comum quanto na PPP “*o Estado tem o dever de assumir um compromisso com o sucesso da concessão. Não tem cabimento preocupar-se exclusivamente com o montante que arrecadará por ocasião da licitação, remetendo os concessionários à própria sorte, tal como se a prestação satisfatória do serviço público fosse questão irrelevante para o interesse público.*” (JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões...*, p. 199).

³¹⁰ Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA não apenas negou a prejudicialidade da contratação dialógica, como também reputou o contrato de PPP como negócio jurídico bilateral: “*Com efeito, a tônica é justamente a ampliação das bases da negociação das cláusulas contratuais, sem o enfraquecimento da (imane)nt bilateralidade desse negócio jurídico.*” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada...*, p. 112).

Entretanto, a natureza associativa não se revela de modo idêntico na concessão comum e nos contratos de PPP. Por esse aspecto, existe um alargamento do vínculo associativo na PPP, a ponto de alcançar inclusive a instituição financiadora do projeto de PPP – o que não ocorre na concessão comum.³¹¹ Dentre as cláusulas facultativas disponíveis para o contrato pelo art. 5º, § 2º, da Lei de PPP, inclui-se no inc. I a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os financiadores do projeto – independentemente de estes atenderem, para efeito dessa transferência, “às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”, pois o dispositivo dispensa a aplicação desse art. 27, par. único, inc. I, da Lei de Concessões. Todavia, não será razoável que a transferência de controle instituída justamente para “assegurar a continuidade da prestação do serviço” seja colocada em risco ao ser prestado por sujeito tecnicamente incapaz ou inidôneo ou em situação fiscal irregular. Não há sentido em permitir a transferência afinal da prestação mesma do serviço para instituição financeira desprovida desses atributos – que afinal são exigidos pelo art. 9º, § 1º, da Lei de PPP, quando vier a ocorrer transferência do controle da SPE para terceiro que não titularize instituição financeira (como se pode depreender da conjugação desse art. 9º, § 1º, com o art. 5º, § 2º, inc. I).

A solução que se cogita é a dissociação entre transferência do controle acionário e transferência da concessão, que são as duas hipóteses do art. 27, *caput*, da Lei de Concessões. O art. 5º, § 2º, inc. I, da Lei de PPP, admite apenas a transferência do controle societário, previamente autorizada caso haja cláusula contratual nesse sentido, e não da concessão propriamente dita. Daí emerge conclusão pela qual o referido dispositivo não admite que seja transferida a concessão para os financiadores do projeto, mas apenas o controle da sociedade de propósito específico. Logo, o serviço público permanecerá sendo prestado

³¹¹ “Há normas próprias das concessões administrativas que não se aplicam às concessões clássicas. Assim se passa relativamente à disciplina do art. 5º, §2º, da Lei 11.079, o qual não é compatível com a estrutura da concessão clássica.” (JUSTEN FILHO, *Concessões de rodovias...*, p. 248).

pelo mesmo parceiro privado, pela mesma pessoa jurídica, apenas tendo seu controle societário atribuído pelo contrato a outrem, diante da superveniência de situações a serem determinadas por cláusula contratual, em que o descompasso financeiro do parceiro privado torne-se tal que coloque em risco a continuidade da prestação do serviço.

A hipótese prevista no art. 5º, § 2º, incisos II e III, também reforçam a noção do vínculo associativo entre os sujeitos da PPP. Ambos estabelecem a satisfação direta do crédito dos financiadores, por intermédio de pagamento da Administração diretamente à instituição financiadora da PPP através de empenho emitido em nome desta (inc. II) e o recebimento direto por ela das indenizações correspondentes às garantias (inc. III).

§ 2. Tempo e modo do investimento pelo parceiro privado

A vinculação a longo prazo entre os parceiros é requisito da parceria público-privada. Ao tempo em que se exigirá do parceiro privado que capte e aporte antecipadamente recursos de grande monta, em contrapartida receberá a exploração do negócio por prazo bastante alongado.

Aponte-se que o longo prazo de contratação não consiste em benefício exclusivo para o parceiro privado, que obterá a prerrogativa de exploração exclusiva e por longo tempo do potencial econômico de um negócio. A vigência alongada do contrato de PPP serve especialmente para permitir ao parceiro público amortizar ao longo de muitos anos o investimento realizado antecipadamente pelo parceiro privado.

É flagrante o contraste com a duração dos contratos emanados de licitação regida pela Lei nº 8.666. O art. 57, inc. II, dispõe que a duração dos contratos de prestação continuada poderá ser prorrogada por períodos iguais e sucessivos, limitada a 60 meses – que então é o prazo máximo pela Lei de Licitações para serviços de duração continuada. Mesmo sem aplicar a Lei de PPP, pode-se cogitar de alternativas para a restrição da vigência para cinco anos, como o arrendamento de infra-estruturas com previsão de implantação e operação de equipamentos que integrem a cadeia de prestação do serviço. Nesse

caso, descaracteriza-se a aplicação da Lei de Licitações porque o Supremo Tribunal Federal não considera o arrendamento como serviço.³¹²

A limitação temporal da parceria público-privada impõe para o *project finance* um critério objetivo para o cálculo do valor da contraprestação da Administração. O investimento vertido no empreendimento precisa ser amortizado em 35 anos, o que refletirá necessariamente no valor da tarifa a ser praticada, se o projeto de parceria público-privada comportar cobrança de tarifa.³¹³ O que pode significar, a depender da magnitude do empreendimento (se se imaginar algo como a transposição de águas do Rio S. Francisco ou a exploração sustentável da Amazônia), uma contrapartida, de ordem orçamentária, extremamente alta.

O art. 7º, *caput*, da Lei de PPP, estipula a dissociação entre as tarefas do parceiro público e as da instituição financiadora do projeto, ao impedir que o parceiro privado receba a sua remuneração antes de tornar disponível o serviço. A precedência da disponibilidade do serviço em relação à contraprestação do parceiro público é regra geral também no regime da Lei 8.666 (art. 40, inc. XIV, al. “a”), mas haverá situações excepcionais em que será possível o pagamento antecipado, condicionado pelo Tribunal de Contas da

³¹² O exemplo foi concebido por Floriano de Azevedo MARQUES NETO, com base no acórdão do STF no RE nº 116.121-3/SP, rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 25.05.2001. O doutrinador propôs um efeito da natureza do arrendamento como assemelhada à locação: “*Pode-se, então, sem afastar o restante do regime de direito público, sustentar, com base na aplicação analógica do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93 (o qual afasta expressamente as regras do art. 57 para a locação), que seu prazo deve observar as normas do direito civil.*” (As parcerias público-privadas no saneamento ambiental..., p. 323).

³¹³ “[...] 1) há negócios em que a remuneração do capital investido é feita por meio de cobranças de tarifas, e o Estado não põe mais nenhum dinheiro; 2) há negócios em que a remuneração só por esse meio exige uma tarifa tão alta que o Estado é obrigado a subsidiar essa tarifa para torná-la socialmente aceitável; 3) há negócios em que a empresa privada que constrói e administra o ativo público não tem como cobrar tarifas, e o Estado remunera o capital investido a partir de repasses orçamentários contínuos e contratualmente definidos ao longo de até 30 anos.” (NOGUEIRA, Rui. Cuidado: governo trabalhando. In: *Revista Primeira Leitura*, n. 24, fev 2004, p. 53).

União “à existência de interesse público devidamente demonstrado, previsão no edital e exigência de garantias. (Acórdão nº 1.442/2003 – Plenário, rel. Min. Marcos Vilela)”.³¹⁴

O *caput* do art. 7º repetiu a essência do regime geral de pagamentos. Tal seria até desnecessário, não fosse a inclusão do parágrafo único do art. 7º, que consolida, em termos, a construção jurisprudencial ao permitir o pagamento não antecipado, mas na proporção equivalente à *parcela fruível* do serviço. Significa que . Por fim, a *faculdade* referida no parágrafo único refere-se à decisão de incluir no edital a viabilidade do pagamento nesses moldes, assim como o dimensionamento de cada parcela e os critérios para reputá-las fruíveis.

§ 3. Tempo e modo da contraprestação do parceiro público

A remuneração do parceiro privado por meio da contraprestação pelo parceiro público é fator primordial para determinar a atratividade de investimentos por parceria público-privada. Há distinções importantes relativamente à concessão comum. Deve-se saudar a inovação salutar representada pelos incisos II, III e IV, como modos de contraprestação diversos do pagamento em dinheiro. Conforme o art. 40 da Lei 8.666, o regime geral de pagamento será sempre em dinheiro, o que gera restrições orçamentárias para os projetos de infra-estrutura, em virtude da usual dificuldade de caixa do Estado.

Por sua vez, a Lei nº 11.079 permite que outros bens públicos sejam utilizados como forma de contraprestação, o que atenua a dificuldade de liquidez financeira da Administração e aponta para o alcance de resultados satisfatórios para ambos os parceiros. Ressalte-se a necessidade de lei desafetando os bens públicos que forem atribuídos ao parceiro privado em pagamento. Essa hipótese é diferente da obtenção de receitas suplementares³¹⁵ (já previstas para a

³¹⁴ JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações...*, p. 398.

³¹⁵ Floriano de Azevedo MARQUES NETO as denomina de “*receitas ancilares*”, por ele exemplificadas no âmbito do saneamento ambiental pela “*exploração de geração de energia em usinas de biomassa ou pequenas termoelétricas a gás gerado do aterramento sanitário*” e “*direito de revenda de materiais recicláveis*” resultantes da coleta seletiva. (As parcerias público-privadas no saneamento ambiental..., p. 324). A receita suplementar ou ancilar pode

concessão comum no art. 11 da Lei nº 8.987) obtidas pelo parceiro privado a partir da exploração de atividades acessórias à PPP, que não encerram, isolada e necessariamente, serviço público, mas podem ser incluídas como objeto acessório do contrato.

A qualificação da contraprestação do parceiro público como *pecuniária*, na conceituação da modalidade de concessão patrocinada, não permite outro reconhecimento senão do dever de pagamento em moeda corrente como a única forma de satisfazer a prestação. Atente-se que o art. 6º admite como espécies de contraprestação do parceiro público, além da ordem bancária, a cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais (que são aqueles constitutivos do patrimônio de pessoa jurídica de direito público) e outros meios admitidos em lei. A interpretação razoável do art. 6º que evita o seu conflito com a norma do art. 2º, §1º, induz a reputar como aptos a satisfazer o conteúdo da norma apenas os meios de pagamento que encerrem direitos creditícios solvíveis na ocasião do vencimento da contraprestação devida pelo parceiro público. Ou seja, caso o meio eleito para a contraprestação seja diverso da entrega de dinheiro, os direitos outorgados ou cedidos pelo parceiro público ao privado deverão ser conversíveis em pecúnia na mesma data prevista para a quitação da remuneração.

Por outro lado, a evitação do pagamento por precatório-requisitório tem relevância central para o parceiro privado, mas a Lei nº 11.079 não descarta esse modo de pagamento, tanto que o admitiu dentre os outros meios admitidos em lei no inc. V do art. 6º. Não será demasiado considerar que a remessa do parceiro privado à via do precatório funcionará, caso estabelecida em edital, como elemento de repulsa ao projeto de parceria público-privada.

Situação diversa da contraprestação na PPP por meio de precatório é a composição do inadimplemento do Poder Público por meio de precatório,

assumir caráter primordial na PPP – nada impede que se torne a receita principal da PPP, estimando como exemplo a receita advinda da exploração de espaço publicitário em uma concessão administrativa, em que não exista cobrança de tarifa de usuário outro além da Administração.

como efeito de condenação judicial. Nesse caso, não se alude a contraprestação, mas sim ao adimplemento forçado – que estará sujeito à única via do precatório. Mas a Lei de PPP instituiu o Fundo Garantidor de PPP – FGP (art. 16 e parágrafos) como modo de satisfação dos créditos do parceiro privado paralelamente ao sistema de precatório. Ou seja, o FGP será a pessoa jurídica de natureza privada a ser acionada se e quando ocorrer inadimplemento do parceiro público (de cuja prestação funciona como garante), sem substituir o modo de pagamento por precatório. Haverá, em suma, dois sujeitos a quem se pode atribuir o dever de pagamento: o parceiro público e o FGP. Naquele caso, haverá *obrigação* a ser adimplida (inclusive por precatório, se for o caso); neste, haverá *responsabilidade* pela dívida. Essa construção será delineada mais adiante, com a abordagem sobre a teoria dualista da obrigação.

Aluda-se ainda ao art. 10, §3º, da Lei de PPP, que impõe limitação à parcela de contraprestação assumida pela Administração na concessão patrocinada. Conforme o dispositivo, a contraprestação da Administração que supere 70% da remuneração total do parceiro privado em concessão patrocinada precisa ser autorizada por lei específica.³¹⁶

A previsão da remuneração variável conforme o desempenho autorizada para constar do contrato (e, necessariamente, do edital) pelo parágrafo único do art. 6º da Lei de PPP origina-se dos postulados de eficiência e de proporcionalidade que permeiam a noção de parceria público-privada. A regra dispõe que o alcance de determinadas metas pelo parceiro privado implicará em acréscimo de sua remuneração pelo parceiro público. Tal acréscimo deverá ser proporcional ao ganho de eficiência conquistado, o que se apura a partir do confronto do resultado obtido em certo momento com o parâmetro pré-definido no contrato. O dispositivo legal determina que esse parâmetro obedeça a padrões

³¹⁶ O Supremo Tribunal Federal julgou a ADIn nº 462-BA, rel. Min. Moreira Alves, DJU 18.02.2000, p. 54, declarando inconstitucional previsão da Constituição baiana que atribuía competência privativa à Assembléia Legislativa para aprovar, previamente à celebração pelo Poder Executivo, os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, por violação do princípio da separação dos poderes (conforme noticiado por ALVARENGA, *Parcerias público-privadas...*, p. 45).

de qualidade e de disponibilidade do serviço, que deverão caracterizar-se pela estrita objetividade.

O tema da remuneração variável pode ser enfocado em comparação com o formato britânico de PFI sob risco de qualidade, em que a remuneração é dimensionada conforme a plena disponibilidade do serviço, independentemente de sua efetiva fruição pelo usuário. O arquétipo britânico pode ser aproximado do modelo brasileiro, em termos. É que na PFI sob risco de qualidade a remuneração sofre *decréscimo* caso não alcançado o padrão de disponibilidade previsto. No caso do art. 6º, parágrafo único, a remuneração será *acrescida* na hipótese de alcance da meta conformada ao padrão previamente estipulado. Não se trata apenas de atingir meta quantitativa (como induz o critério da disponibilidade), mas – diferentemente do modelo britânico aludido – de atingir concomitantemente meta qualitativa.

§ 4. PPP e a teoria dualista da obrigação

A Lei nº 11.079 contempla garantias de ordem financeira que aproveitam ao parceiro público, ao parceiro privado, à instituição financiadora e à Sociedade genericamente – o que reforça a idéia da autonomia entre interesse público e interesse do Estado. Além das garantias, a Lei de PPP estabelece uma série de condutas às partes contratantes que constituem *per se* salvaguardas do adimplemento de prestações.

Destaque-se a possibilidade de exigência de garantias do parceiro privado maiores do que as previstas na legislação existente (art. 22, inc. III, alíneas *a* e *b*) e de formação de sociedade de propósito específico para a execução do contrato de parceria (alínea *c*). Tais medidas objetivam dar à Administração Pública garantias para a adequada conclusão do negócio a ser implementado, considerando o esforço e recursos necessários à conclusão do processo de contratação e o longo prazo de vigência do contrato.

Quanto à garantia ao parceiro público, pode-se aludir ao art. 7º da Lei de PPP, que impõe a precedência da fruição do serviço a ser prestado pelo parceiro privado em relação ao pagamento da contraprestação do parceiro público. Para o parceiro público há as garantias do art. 8º, que abrangem a vinculação de receitas, fundos especiais, seguro-garantia, garantias por

instituições financeiras internacionais ou não controladas pelo Poder Público, aquelas prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal com essa finalidade.

Adicionalmente, é possível aludir a outras espécies de coberturas relacionadas à política macroeconômica, na medida em que não poderiam ser reguladas na Lei de parceria público-privada nem estão previstas pelas modalidades disponíveis no mercado de seguros:³¹⁷

1. estabilidade econômica do país, ou seja, ajuste fiscal e equilíbrio econômico-financeiro, níveis inflacionários sob controle;
2. “risco-país”;³¹⁸
3. mercado de capitais consolidado, com capacidade e experiência para emissão de títulos de longo prazo;
4. sistema financeiro diversificado.

A freqüente referência da Lei de PPP à responsabilidade fiscal pode ser admitida como garantia ao conjunto da Sociedade – tomada esta como sujeito autônomo da relação associativa instituída pela parceria público-privada, porque congrega os financiadores finais dos recursos destinados aos projetos de parceria público-privada diretamente pelo pagamento da tarifa, quando não por meio da contraprestação do Estado ao operador privado e da constituição de garantia. Fluem nesse sentido as limitações contidas no art. 22, relativamente à destinação de receita da União para projetos de parceria público-privada; no art. 27 e parágrafos, que restringe a participação dos fundos de pensão, empresas públicas e sociedades de economia mista; e no art. 28, que impõe teto para a concessão de garantia ou transferências voluntárias de recursos da União aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

³¹⁷ De acordo com identificação formulada por MOREIRA, Terezinha; CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. *A parceria público-privada na infra-estrutura econômica*. In: Revista do BNDES, Rio de Janeiro : BNDES, v. 1, n. 2, dez 1994, pp. 27-46.

³¹⁸ O “risco-país” não expressa apenas o grau de probabilidade de frustração do negócio, mas a probabilidade de essa frustração derivar dos mecanismos sócio-econômicos e jurídicos legitimamente praticados no país, e não de alguma deficiência regionalmente localizada de concepção e de execução do negócio.

§ 5. O fundo garantidor como elemento essencial da PPP

Os arts. 16 a 22 prevêem a instituição, modo de gestão e funcionamento e de extinção do Fundo Garantidor do parceria público-privada.

Dentre suas características mais marcantes, pode-se destacar (a) sua personalidade de direito privado – art. 16, § 1º, e com o próprio patrimônio respondendo por suas obrigações – art. 16, § 5º, o que afastaria a aplicação do sistema de precatórios judiciais; (b) a integralização de capital por ações de sociedade de economia mista federal em quantidade que mantenha o controle pela União – art. 16, § 4º; (c) independentemente de licitação, por proposta do Ministro da Fazenda e aprovação pelo Presidente da República – art. 16, § 6º; e (d) a vinculação direta, inclusive pela representação judicial, por instituição financeira controlada pela União – art. 17. O art. 21 traz uma previsão notável, que é a autorização para segregar parcela do patrimônio do Fundo e vinculá-la a determinada garantia, por afetação, tornando essa parcela a salvo de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão originadas de outras obrigações do Fundo.

Cabe uma indagação acerca da suficiência do limite de R\$ 6 bilhões que o art. 16 destina à participação da União e seus entes integrantes no Fundo Garantidor, comparativamente com as perspectivas de investimento em parceria público-privada no Brasil.

Existe estimativa oficial de que essa modalidade de concessão poderá atrair R\$ 36 bilhões de recursos privados no período de 2004 a 2007, através da ampliação das garantias de retorno do investimento. Embora a Associação Brasileira da Infra-estrutura e Indústrias de Base considere que o país necessita de US\$ 20 bilhões anuais em obras de infra-estrutura para eliminar as deficiências crônicas em áreas estratégicas para o desenvolvimento, como energia e transportes³¹⁹. O projeto de Plano Plurianual 2004-2007 estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% do PIB durante todo o período, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país.

³¹⁹ Folha de S. Paulo, 15.10.2003, p. B5.

Na outra ponta, o SINDUSCON-SP prevê que apenas 5 bilhões de reais deverão ingressar no Brasil por conta de parcerias público-privadas, se houver o mesmo sucesso ocorrido no Reino Unido, cuja economia (com PIB quatro vezes maior que o do Brasil) recebeu investimentos equivalentes a 190 bilhões de reais, sob essa forma de contratação.³²⁰ Se a estimativa do governo estiver correta, o limite da Lei mantém-se em patamar irreal para conferir plena cobertura pelo Fundo Garantidor.

A previsão do governo federal para investimento por intermédio de parceria público-privada está contida no Plano Plurianual que discrimina as alocações prioritárias até o ano de 2007. Os 23 candidatos a projetos de parceria público-privada federais³²¹ congregam o custo de R\$ 13,685 bilhões, dos quais,

³²⁰ Palestra de Luiz Antonio Messias, presidente do SINDUSCON-SP, no Debate Nacional sobre Parcerias Público-Privadas, em 31.03.2004, promovido em São Paulo, pela Câmara Americana de Comércio – AmCham Brasil e Jornal Valor Econômico.

³²¹ REGIÃO SUL: Construção de contorno ferroviário de Curitiba (PR); Construção de variante ferroviária Ipiranga-Guarapuava (PR). Investimento total de R\$ 370 milhões sendo R\$ 220 milhões da iniciativa privada;

REGIÃO CENTRO-OESTE: Construção de trecho ferroviário Alto Taquari (MT) - Rondonópolis (MT) e Trem turístico do Pantanal (MS). Investimento total de R\$ 600 milhões, para R\$ 440 milhões da iniciativa privada;

REGIÃO NORTE: Construção e pavimentação da BR-163, no trecho divisa PA/MT. Investimento total de R\$ 623 milhões para R\$ 569 milhões da iniciativa privada;

REGIÃO NORDESTE: Duplicação de trecho da BR 101, Natal - divisa de Alagoas e Sergipe; Duplicação de trecho da BR-101, trecho de entroncamento com BR-324, na Bahia; Construção do trecho ferroviário Estreito-Balsas (MA); Construção de ramal da ferrovia Transnordestina (PE); Construção da ferrovia Transnordestina (PE e CE); Construção de contorno ferroviário de São Félix (BA); Recuperação e ampliação do porto de Itaqui (MA); Projeto de irrigação de 31.300 ha em Salitre (BA); Projeto de irrigação de 59.630 ha em Baixio do Irecê (BA); Projeto de irrigação de 7.897 ha em Pontal (PE). Investimento total de R\$ 4,748 bilhões para 3,216 bilhões da iniciativa privada;

43,7%, ou R\$ 5,992 bilhões, seriam atribuídos à participação do setor privado³²². Classificados esses mesmos investimentos por setores infra-estruturais serão R\$ 7,215 bilhões para rodovias; R\$ 2,054 bilhões para ferrovias; R\$ 760 milhões para portos e R\$ 2,692 bilhões para sistemas de irrigação. Ou seja, assume-se que mais da metade da prestação incontroversamente atribuível ao parceiro público estaria descoberta pelo Fundo Garantidor – o que remete à compulsória complementação por outras modalidades de garantias complementares.

Evidentemente, esses projetos configuram prioridades na fase de implantação da parceria público-privada brasileira e não refletem a integralidade dos mercados públicos disponíveis no país para investimento.

§ 6. A conversibilidade da concessão comum em PPP

A PPP brasileira divide-se em duas espécies de contratos que, antes do advento da Lei nº 11.079, não podiam ser celebrados em bases equivalentes às que a Lei de PPP permite, ou por não consistirem verdadeiramente em concessão de serviço público (como ocorre com a concessão administrativa) ou por vedação legal (como é o caso dos prazos alongados de vigência da PPP em relação ao prazo de 60 meses previsto na Lei de Licitações).

A contrario sensu pode-se supor que estejam em vigor contratos de concessão comum cuja estrutura – se a concepção do projeto fosse submetida à apuração do *Value for Money* – estaria mais bem ajustada a uma PPP, mesmo mantendo inalterados os sujeitos. Mais do que isso: cogita-se de contratos de concessão comum vigentes cuja alternativa para adquirir eficiência jurídica e econômica seja conformar-se ao regime da concessão patrocinada. A vigência

REGIÃO SUDESTE: Duplicação de trecho da BR-381 (Belo Horizonte-São Paulo); Construção da BR-493 (RJ); Duplicação de trecho da BR-116 (SP); Construção do Rodoanel de São Paulo - trecho sul; Construção de anel ferroviário de São Paulo (tramo norte); Melhoramento de infra-estrutura do porto de Sepetiba (RJ); Adequação do complexo viário do porto de Santos (SP); Projeto de irrigação de 66 mil ha em Jafba (MG). Investimento total de 7,344 bilhões para 1,547 bilhões da iniciativa privada (a diferença na proporção dos investimentos é devido ao maior investimento do poder público nas obras de duplicação da BR 381 BH-SP, no Rodoanel de SP e irrigação em MG).

³²² Dados do Plano Plurianual 2004-2007, in Folha de S. Paulo, 31.12.2004, p. B3.

posterior da Lei de PPP em relação às concessões comuns não interfere na viabilidade da alteração do regime jurídico geral para o especial. A alteração contratual poderá ser realizada pelas partes desde que amparada em motivação técnico-econômica fidedigna, retratada pela identificação do *Value for Money*, e promovidas as conversões que a caracterizem como PPP – dentre elas a redistribuição dos riscos, a previsão de contraprestação suplementar pela Administração e a inclusão de garantia especial estipulada no art. 8º.³²³

A extinção da concessão inviável de origem (e mesmo assim implementada) ou inviabilizada ao longo de sua vigência, seguida de sua licitação como PPP, retrata uma *conversão imprópria*, pois a extinção do contrato desfaz plenamente o vínculo jurídico, liberando ambas as partes das respectivas prestações – ressalvados os ressarcimentos e indenizações derivados da extinção mesma. Licitar a PPP originada da extinção da concessão comum induz a que a escolha do parceiro privado poderá não recair no antigo concessionário. A conversão própria apresenta maior complexidade porque o vínculo contratual entre as mesmas partes na concessão comum permanecerá contínuo, embora profundamente modificado. É o caso da conversão em PPP promovida quando da prorrogação do contrato de concessão ou mesmo sem haver outra ocasião formalmente oportuna.

§ 7. Arbitrabilidade da PPP

A previsão de arbitragem é sintomática da atual insatisfação que o rumo das atuais concessões e licitações tem tomado. A regra, nos parâmetros atuais, é o recurso ao Poder Judiciário. Embora os conflitos previsivelmente

³²³ As conversões exigíveis envolvem a contraprestação pecuniária pelo parceiro público e as compensações incidentes sobre o redimensionamento do risco econômico, como ressalta Cesar A. Guimarães PEREIRA sobre a tese da conversibilidade: “A resposta é positiva, desde que se tome em conta que a PPP se aplica nos campos em que a concessão comum é inviável. Diante da inviabilidade de uma certa concessão comum, a solução pode ser a extinção da concessão que, reconfigurada, seria em seguida novamente licitada sob o regime de PPP. Porém, também é possível, verificadas as situações concretas, que o instrumento da PPP seja adotado para a revisão do contrato sem sua extinção.” (PEREIRA, *O processo licitatório das PPP...*, p. 214).

continuem a acontecer, a arbitragem ao menos reserva a via judicial para a fase de execução do título formado pela sentença arbitral.

Seria impreciso cogitar que a aparente repulsa ao ingresso em Juízo, por parte do parceiro privado, origina-se dos conhecidos defeitos do nosso aparato judiciário. A identificação do problema está menos nesses defeitos do sistema judiciário (comuns também em outros países) do que na inaptidão para fazer efetivas suas próprias decisões quando estas contrariam o Poder Executivo. Essa realidade está na origem do franco questionamento resultante da inserção da regra do art. 11, inc. III, cujo mérito fundamental foi reconhecer formalmente que os litígios derivados da PPP envolvem direitos disponíveis.³²⁴

Entretanto, tem sido recorrente em parte da doutrina o questionamento acerca da viabilidade de submeter à arbitragem disputas envolvendo direitos e interesses da Administração Pública. É usual que se indague acerca do cotejo entre o sigilo da arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos, a aplicabilidade da Lei de Arbitragem à Administração, à possibilidade de disposição prévia de direitos pelo Estado.³²⁵

A submissão da PPP à arbitragem encontra larga aceitação na doutrina. Por um lado, não será sempre oponível o fundamento da *indisponibilidade do interesse público* perante a arbitragem. Indiquem-se duas acepções sobre o instituto: por um lado, a indisponibilidade pode impedir a *renúncia* a determinado direito; por outro, a indisponibilidade pode vedar a aquiescência espontânea com a pretensão alheia, sem submetê-la ao Poder Judiciário. Apenas no primeiro caso a indisponibilidade poderá recair sobre as relações de direito público; quanto ao segundo, a intervenção jurisdicional não

³²⁴ Essa é interpretação do dispositivo proposta por Marçal JUSTEN FILHO (*A PPP brasileira e as lições do passado...*, p. 25).

³²⁵ “Qualquer opinião que defenda peremptoriamente a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública, no presente quadro normativo brasileiro, é mera fantasia teórica. Como tal, ainda que seja bela e formosa, possui curto período de uso.” (POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas e a atuação administrativa*, São Paulo : Ed. Juarez de Oliveira, 2005, p. 155.).

será indispensável para que a Administração cumpra dever contratualmente estabelecido.³²⁶ Essa convicção se reforça pela concepção do *Estado contratual*, em que estão diluídas as noções de autoridade e de imposição unilateral de decisões da Administração, em rumo à *Administração Pública consensual*.³²⁷ Como resultado, a submissão mesma de determinado direito ou interesse da Administração Pública à seara contratual será sintomático da sua disponibilidade e, então, da sua arbitrabilidade.

Além da questão da disponibilidade, a admissão da arbitragem na PPP requer atenção quanto à identificação de *direito patrimonial*, como componente da arbitrabilidade objetiva. A patrimonialidade do direito envolvido é requisito paralelo ao da disponibilidade para a arbitragem na PPP. A arbitragem

³²⁶ Essa formulação deve-se a Eduardo TALAMINI: “*Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo, Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial (v. a seguir) e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo.*” (Arbitragem e parceira público-privada. In: TALAMINI (Coord.); JUSTEN (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 343).

³²⁷ Esse modelo, destacado por Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA com base em formulação de Gaspar ARIÑO ORTIZ, implica em desfazimento do *dogma da verticalização* das relações contratuais entre Administração e particular. De regra, “*não há que cogitar-se de transação, e muito menos de arbitragem (a qual não prescinde de uma prévia relação jurídica contratual) nos casos em que o ordenamento prive a Administração de dispor sobre interesses, bens e direitos*”. (A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.), *Parcerias público-privadas...*, p. 569).

será ordinariamente inviável sem que haja conteúdo patrimonial³²⁸ no direito em disputa.³²⁹

³²⁸ Ou “cujo inadimplemento possa ser reparado, compensado ou combatido por medidas de cunho econômico”. (TALAMINI, *Arbitragem e parceria público-privada...*, p. 346).

³²⁹ Aluda-se à opinião de Eduardo TALAMINI, para quem a patrimonialidade como requisito da arbitragem consiste em “opção do legislador infra-constitucional: não seria inviável que, respeitados os casos de necessidade da intervenção judicial, a lei tornasse arbitráveis inclusive litígios não-patrimoniais.” (*Arbitragem e parceria público-privada...*, p. 345).

CONCLUSÃO

O desfecho deste estudo comporta duas espécies de conclusões: as primárias, que compõem a estrutura da tese propriamente dita, e as secundárias, que revelam a conformação jurídica do instituto da parceria público-privada, embora não necessariamente instituidoras de uma tese.

As conclusões pontuais conjugam-se para esboçar os contornos do ambiente econômico que conduziu a criatividade jurídica a produzir o instituto da parceria público-privada, para identificar os elementos caracterizadores da parceria público-privada como instituto jurídico e para revelar a medida da incorporação desses elementos na Lei nº 11.079.

- i) O direito econômico organiza a implementação das políticas públicas cuja escolha origina-se de necessidades econômicas e impõe os limites para o alcance da racionalidade econômica da eficiência, representada pela relação custo-benefício.
- ii) A ordem jurídica legitimadora da eficiência econômica conduz a que o Estado promova, por si ou mediante outorga, o desenvolvimento nacional de modo a refletir a satisfação de direitos fundamentais.
- iii) O Estado brasileiro organiza-se sob estrutura administrativa gerencial, adequado a uma Sociedade pós-industrial e sob organização política democrática.
- iv) A parceria público-privado integra um processo sócio-econômico cujos resultados positivos não serão obtidos apenas pela aplicação asséptica do mecanismo instrumental respectivo, mas sim pela legitimação desse mecanismo, por assimilação democrática da coletividade, como etapa de aprimoramento civilizatório da nação.
- v) Sob o aspecto estrutural, o serviço público consiste em atividade organizada e fornecida indistintamente à coletividade pelo Poder Público, que pode optar por desempenhá-la diretamente ou outorgar a particular. Sob o aspecto funcional, trata-se da atividade destinada a satisfazer necessidade individual com matriz em um direito fundamental.

- vi) O sistema jurídico brasileiro estipula que o serviço público envolve o dever do Estado, na forma de prestação administrativa irrecusável, direta ou indireta, de satisfazer necessidades coletivas cujo suprimento em escala universalmente desejável e compatível com o princípio da solidariedade é inatingível pela espontaneidade do mercado.
- vii) O regime empresarial de direito privado não se aplica ao serviço público brasileiro, cujo sistema normativo impõe que o regime de prestação seja sempre de direito administrativo, portanto, de direito público.
- viii) Quando a Administração Pública exerce função de desenvolvimento sócio-econômico, os condicionantes conservadores da atividade de autoridade do Estado provocam instabilidade da gestão de contratos econômicos, face à confusão entre interesses envolvidos e do preconceito contra a interlocução com o setor privado. A falta de sintonia entre convicções arraigadas e as emergências sócio-econômicas frustra o alcance dos resultados práticos da atividade desenvolvimentista exercitada pela Administração Pública.
- ix) A parceria público-privada em sentido amplo abrange todas as formas de colaboração entre o poder público e o setor privado, possuindo o traço peculiar da *gestão privada do bem público*, mediante remuneração ou não, contemplando também as hipóteses em que o Estado se vincula sob regime de direito privado ou em que não promove o desenvolvimento por exercício direto de atividade econômica, mas encoraja a iniciativa privada por meio de regulamentação, em que se vale da emissão de normas para incentivar condutas desejáveis e pelo controle da aplicação da regulamentação.
- x) A parceria público-privada em sentido estrito reúne todas as iniciativas conjugadas entre o Poder Público e o setor produtivo privado de cooperação financeira e organizacional, destinadas a satisfazer um interesse da coletividade e sustentar o seu desenvolvimento, qualificadas pela distribuição calibrada dos riscos e por um vínculo associativo entre as partes, consolidado por contrato cuja celebração se justifica pela apuração do *Value for Money* e estruturada sobre um *project finance*.

- xi) A parceria público-privada tem como objetivos jurídicos primordiais conferir estabilidade quanto ao modo e ao tempo de execução de um contrato em que a Administração for parte e impedir o comprometimento desproporcional dos recursos públicos.
- xii) A parceria público-privada tem como objetivo preponderantemente econômico o incremento da eficiência gerencial (seja da própria máquina estatal, por meio do desafoço orçamentário, seja do serviço público prestado), da eficiência financeira (por ganhos de *Value for Money*) e da eficiência temporal (obtido quando o investimento antecipado pelo parceiro privado importar em disponibilidade também antecipada do serviço ou da obra).
- xiii) O *project finance* é técnica de formatação da PPP por meio de simulações financeiras que (a) estabelece vínculo jurídico primário entre o parceiro privado e a instituição financeira; (b) delimita a sustentabilidade financeira desse projeto, fundada no fluxo de recursos do empreendimento e de acordo com o retorno desejado e (c) pondera a aptidão e tolerância de endividamento e de assunção de riscos de cada parceiro para atribuí-los ao mais apto a controlar esses encargos sem ameaçar a execução do projeto.
- xiv) A edição de lei especial para a PPP brasileira teve motivação de índole política (sinalizar a adoção de *regras claras* para o investimento privado em serviços públicos) e de caráter jurídico (suprir a insuficiência do regime comum de concessões para projetos especiais de infra-estrutura e de prestação delegada de serviços públicos).
- xv) A Lei nº 11.079 soluciona parcial vazio normativo que atingia especialmente a concessão administrativa e confere regime próprio a situações jurídicas específicas que possuem estrutura principiológica parcialmente coincidente com a do conjunto sistemático das outorgas de serviço público.
- xvi) A Lei nº 11.079 consiste em instrumento para alcançar diretrizes de governo destinadas à universalização e aperfeiçoamento de serviços públicos condizentes com a realização de direitos fundamentais, manutenção e ao aprimoramento da máquina estatal e à construção da

infra-estrutura capaz de amparar a produção econômica nacional e seu escoamento para os mercados interno e externo.

- xvii) Princípio é estrutura; diretriz é função. A diretriz expressa *finalidade de governo e conveniência econômica, política ou social*; o princípio, ao contrário, é neutro em relação ao objetivo perseguido pelo governo e insubordinável à conjuntura histórica. A diretriz é a consagração positiva de um *fim*, que pode ser expressão de um princípio a ele correspondente.
- xviii) O princípio da eficiência implica em produzir o melhor resultado concretamente apreciável para o cidadão pelo menor custo possível para os cofres públicos.
- xix) A diretriz da eficiência conduz à celebração da PPP mediante o aproveitamento ótimo dos recursos disponíveis, ponderando o recurso público contingenciado com o recurso privado à procura de oportunidade premiada pelo lucro.
- xx) Os interesses de cada parceiro não se satisfazem conforme sua configuração externa e prévia à PPP, mas sim por conciliação promovida conforme o princípio da associação (que informa a diretriz do respeito aos interesses e direitos dos privados).
- xxi) A diretriz da indelegabilidade não restringe o objeto da PPP aos serviços públicos delegáveis (pois a concessão administrativa pode não envolver delegação), mas apenas indica a inviabilidade de que funções exclusivas do Estado constituam objeto de PPP.
- xxii) A diretriz da transparência se satisfaz, no aspecto interno à PPP, pela conduta ativa dos parceiros público e privado que impeça a conduta surpreendente, permitindo a cada um prever a conduta razoável do outro. Pela vertente externa, a transparência induz os parceiros a compartilhar com a Sociedade a deliberação sobre a conveniência e o controle da PPP; implicando em (a) disseminar por todos os estratos da população (b) toda a informação disponível sobre o projeto de PPP, (c) de modo ajustado à respectiva capacidade de assimilação – o que impede de restringir o acesso da informação à Internet, mas também se estender aos canais de comunicação convencionais.

- xxiii) O projeto de PPP deve qualificar-se pela superlatividade: envolve investimento em volume dilatado de recursos, com maior prazo de retorno e objeto complexo.
- xxiv) A concessão patrocinada envolve outorga de serviço público conjugada com remuneração do parceiro privado obrigatoriamente compartilhada entre usuários e parceiro público, sendo que a parcela deste não pode ultrapassar 70% do total sem lei autorizadora.
- xxv) A remuneração compartilhada mitiga o fundamento tradicional da concessão pela desoneração econômica da Sociedade pela oneração dos usuários e tende a atribuir modicidade tarifária, facilidade de percebimento de tarifas e atratividade financeira a projetos originalmente com rentabilidade negativa.
- xxvi) A concessão administrativa admite como objeto a prestação de serviço público e a prestação de serviço simples, “não público.
- xxvii) O regime da PPP brasileira estipula o dever de os parceiros repartirem entre si os riscos do empreendimento, deixando-lhes margem de liberdade (amparada pela respectiva e obrigatória previsão de suficiente garantia) para estipularem essa distribuição sem se vincular às atribuições ordinárias dos riscos entre eles.
- xxviii) À cumulação de riscos ampliados na PPP (ou à sua desoneração) deverão incidir sobre a contraprestação do parceiro as compensações diretamente proporcionais.
- xxix) A faculdade de incluir no edital a fase de lances em viva-voz amolda-se à concessão administrativa, notadamente quando seu objeto for a prestação de serviço comum diretamente à Administração.
- xxx) A exaustão e a exclusão atribuídas àquelas leis não impedem que sejam aplicadas à concessão e ao contrato administrativo comuns soluções doutrinárias e jurisprudenciais que têm mitigado o formalismo preconizado pelo regime geral para a licitação e que foram acolhidas na Lei nº 11.079. Logo, será possível que o edital de licitação para contrato administrativo comum permita o suprimento de falhas da proposta,

aplicando preceito equivalente ao contido no art. 12, inc. IV, da Lei de PPP.

- xxxix) O vínculo contratual entre os sujeitos da PPP tem natureza associativa, o que não configura traço distintivo da PPP em relação à concessão comum.
- xxxii) A natureza associativa do contrato de PPP reforça-se pelas disposições do art. 5º, § 2º, da Lei de PPP, que não se aplicam à concessão comum.
- xxxiii) A apuração do *Value for Money* integra a natureza da PPP brasileira porque a busca do *Best Value for Money* consiste na diretriz do art. 4º, inc. VII, da Lei de PPP, expressa como “*vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria*”.
- xxxiv) A concessão patrocinada será a modalidade de PPP adequada diante da baixa atratividade natural de determinada prestação de serviço, seja pela virtual impossibilidade ou dificuldade extrema de cobrança de tarifa, seja pela inviabilidade econômica do produto da cobrança de tarifa.
- xxxv) A concessão comum se diferencia da simples prestação de serviços pela manutenção da existência de risco do empreendimento, ou seja, quando a remuneração for vinculada ao desempenho do concessionário.
- xxxvi) A PPP se diferencia da concessão comum pelo regime especial de garantias contra o inadimplemento do poder concedente.

REFERÊNCIAS

- AKINTOYE, Akintola; BECK, Matthias; HARDCASTLE, Cliff. *Public-private partnerships : managing risks and opportunities*, Oxford : Blackwell, 2003.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 4ª ed., t. 1, Milano : Giuffré, 1978.
- ALVARENGA, José Eduardo. *Parcerias público-privadas : comentários à lei brasileira*, São Paulo : M.A. Pontes, 2005.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2ª ed., São Paulo : Malheiros, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Liberdade de expressão comercial*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 11, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada : Comares, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*, São Paulo : RT, 1966.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Revista Interesse Público*, n. 6, 2000.
- BARCELLONA, Piero. *Postmodernidad y comunidad : el regreso de la vinculación social*, 2ª ed., Madrid : Trotta, 1996.
- BARTHÉLEMY, Jacques. L'ingénierie juridique : um concept. *La Gazzete du Palais*, [S. l.], 2003.
- BÉNOIT. *Le droit administratif français*. Paris : Dalloz, 1968.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. 2ª ed., Curitiba : Juruá, 2001.
- _____. *Parcerias público-privadas*, Curitiba : Juruá, 2005.
- BLOCH. *Code des marches publics annoté*. Paris : Berger-Levrault, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*, Brasília : Ed. UnB, 3ª ed., trad. João Ferreira, 1994.
- BONOMI, Claudio Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil : fundamentos e estudos de casos*, São Paulo : Atlas, 2002.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; NEVES, César das. Parceria público-privada : riscos e mitigação de riscos. In: *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, jun 2005.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, 2ª reimp., Coimbra : Almedina, 2003.

CASSESE, Sabino. *La nuova Costituzione Economica*. Roma : Laterza, 2000.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13ª ed., Paris : Montchrestien, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed., São Paulo : RT, 2000.

_____. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor : importante capítulo do direito econômico. *RCGE*, n. 14, Porto Alegre, 2001.

_____. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo : Malheiros, v.2.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. In: *Revista Interesse Público*, n. 28, Porto Alegre : Notadez.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo : Dialética, 2001.

_____; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*, Belo Horizonte : Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. In: *Revista Interesse Público*, n. 30, Porto Alegre : Notadez, mar-abr 2005.

_____. *O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização; aplicação adequada destes institutos*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13. São Paulo : NDJ, set 1997, pp. 586-590.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed., São Paulo : Atlas, 2002.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos : as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo : Max Limonad, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y democracia* [trad. ed. norte-americana de 1980], Buenos Aires : La isla de la luna, 2003.

_____. *Taking rights seriously*, Cambridge : Harvard University, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, 1ª reimp., Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAIOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno : nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo : Martins Fontes, 2002

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limite ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, Belo Horizonte : Fórum, out/dez 2004.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. *O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 4, Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2003.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vol. 5, São Paulo : Saraiva, 1961.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no domínio económico e breves considerações sobre as agências reguladoras. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte : Fórum, n. 2, abr/jun 2003.

FORTIN. *La contractualisation des le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris : L'Harmattan, 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo : Malheiros, 2004.

_____. O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização; aplicação adequada destes institutos. In: *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13. São Paulo: NDJ, maio 1997, pp. 327-3.

GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale : le società*. 3ª ed., Bolonha : Zanichelli, 1986.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito* [trad. A. M. Hespanha e M. L. Macaísta Malheiros], Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988.

GHOBIADIAN, Abby; GALLEAR, David; O'REGAN, Nicholas; VINEY, Howard. *Public-private partnerships : policy and experience*, London: Palgrave Macmillan, 2004.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra : Almedina, 2000.

_____. *O contrato administrativo : uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra : Almedina, 2003.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003.

_____.; FORGIONI, Paula. CADE vs. BACEN : conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2004.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Marvyn K. *Public private partnerships : the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*. Cheltenham-UK : Edward Elgar, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo : estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Belo Horizonte : Fórum, 2004.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HIRSHMAN, Linda. Pos modern jurisprudence and the problem of administrative discretion. In: *Northwestern University Law Review*, Evanston : Northwestern University, 1998

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, abr-jun 2003, pp. 95-136.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed, São Paulo : Dialética, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*, São Paulo : Saraiva, 2005.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, 4ª ed., São Paulo : Dialética, 2005.

_____. *Sujeição passiva tributária*, Belém : CEJUP, 1986.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *União Européia: a esperança de um mundo novo*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 12, 1999, pp. 65-125.

KASPI, André. *New Deal* : a grande virada americana. In : *História Viva*, n. 5, ano 1, São Paulo : Duetto, março 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2ª ed. [trad. ed. norte-americana de 1961], São Paulo : Martins Fontes, 1995

LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*. 2ª ed., t.1, Paris : LGDJ, 1983.

LIGNIÈRES, Paul. *Partenariats publics privés*, Paris : Litec, 2000

LINOTTE, Didier; CANTIER, Bruno. “*Shadow tolls*” : le droit public français à l’épreuve des concessions à péages virtuels”, Paris : AJDA, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 2ªed., Porto Alegre : Globo, 1939.

LODOVICI, Emilio Samek (Org.); BERNAREGGI, Gian Maria (Org.) [FINGERMAN, Henrique (Org. ed. bras.), trad. Nilson Moulin Louzada]. *Parceria público-privado* : cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais, v. 1 : teoria e prática, São Paulo : Summus, 1992.

_____. _____, v. 2 : experiências em confronto, São Paulo : Summus, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia*, In: Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte : Fórum, n. 8, out/dez 2004.

LOUIS, Jean-Victor. *A ordem jurídica comunitária*, 3ª ed., Luxemburgo : Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1986.

MAJONE, Giandomenico. *Lo stato regolatore*. Bologna : Saggi, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Aspectos jurídicos da outorga da exploração do sistema de bilhetagem eletrônica para a iniciativa privada*. In: Boletim de Direito Administrativo, v. 17, n. 8. São Paulo: NDJ, ago 2001, pp. 589-598.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo : Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo : RT, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed., São Paulo : Malheiros, 2004.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit des services publics*, 2ª ed., Paris : PUF, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., t. 3, Coimbra : Coimbra Editora, 1987.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas : demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, ‘serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 10, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005.

MOOR, Fernanda Stracke. *O regime de delegação da prestação de serviços públicos*. São Paulo : Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*, 2ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003.

MOREIRA, Terezinha; CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. *A parceria público-privada na infra-estrutura econômica*. In: *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro : BNDES, v. 1, n. 2, dez 1994, pp. 27-46.

MOREIRA, Vital. *Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia*. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, Belo Horizonte : Fórum, abr-jun 2003, pp.227-248.

_____. Serviço público e concorrência: a regulação do sector eléctrico. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 60.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 11, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005.

_____. *O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes de aplicação adequada desses institutos*. In: *Boletim de Direito Municipal*, v. 17, n. 12. São Paulo: NDJ, dez 2001, pp. 889-995.

_____. Competência concorrente limitada : o problema da conceituação das normas gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 100.

MOROLLI, Flávio Giusto. *A evolução do direito público e a parceria com a iniciativa privada : transferência de serviços públicos de natureza social*. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 51, 1998, pp. 65-80.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 2002.

NICINSKI, Sophie. *L'usager du service public industriel e commercial*, L'Harmattan, 2001.

NUNES, Pedro Augusto da Cruz. Os princípios do Equador em operações de *project finance*. In : www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=8749.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 12, Belo Horizonte : Fórum, jan-mar 2003, pp. 175-192.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. In: *Revista Interesse Público*, n. 6, 2000.

_____. *Elisão tributária e função administrativa*, São Paulo : Dialética, 2001.

_____. *Usuários de serviço público*. São Paulo, 2005. Tese de doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas e a atuação administrativa*, São Paulo : Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

POMBEIRO, António A. Figueiredo B. *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua auditoria*, Lisboa : Áreas, 2003.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do direito administrativo*, 1ª reimp., Coimbra : Almedina, 2001.

RAYMUNDIE; OLIVIER. *Gestion déléguée des services publics em France et em Europe*. Paris : Le Moniteur, 1995.

RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório : etapas da evolução sociocultural*. 12ª ed., São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, S. Paulo : Dialética, 2001.

SACHS, Ignacy (Org.); WILHELM, Jorge (Org.); PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). *Brasil : um século de transformações*. São Paulo : Companhia das Letras, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, Belo Horizonte : Fórum, jan/mar 2003.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. Prestação de serviços públicos em parceria com a iniciativa privada: combustíveis, fluidos, petróleo, gás natural e álcool. In: *Doutrina Adcoas*, v. 3, n. 5. São Paulo : Adcoas, maio 2000, pp. 126-130.

SARACENO, Pasquale. *Partecipazione Statali*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milão : Giuffrè, 1982.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito constitucional : anotações nucleares*, Juruá : Curitiba, 2001.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: *Revista brasileira de direito público*, n. 4, Belo Horizonte : Fórum, jan/mar 2004.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 10, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, 4ª ed., Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2001.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Os processos privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina : tentativa de compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 7, Belo Horizonte : Fórum, jul/set 2004.

SOUZA, Rui Pereira de. *Contratos de Concessão : perspectiva económica, financeira e contabilística*, Lisboa : Áreas, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. (Coord.); VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*, São Paulo : Max Limonad, 1999.

_____. *Fundamentos de direito público*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte : o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. In: *Revista Interesse Público*, n. 28, Porto Alegre : Notadez, 2004.

_____. (Coord.). *Parcerias público-privadas*, São Paulo : Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo (Coord.); JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias público-privadas : um enfoque multidisciplinar*, São Paulo : RT, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada : a alternativa progressista*. São Paulo : Boitempo, 1999.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*, t. 2, 12ª ed., Paris : Presses Universitaires de France, 1992.

VLACHOS, Georges. *Droit économique français et communautaire*. Paris : Albert Colin, 1996.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões : análise das leis 8.987-95 e 9.074-95*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O novo papel do Estado no plano interno e internacional: o advento do direito de parceria*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 6, 2000, pp. 139-156.

ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. In: *Fórum Administrativo*, n. 47, Belo Horizonte : Fórum, jan 2005, p. 4940-4961.